

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2007

Tutor: Ariza, Ariel

Alumno: Claverol, Yanina

Tema: Control de Contenido ¿Cuándo una cláusula es abusiva?

Fecha de Presentación: 18 de mayo de 2007.

Capítulo I.

TRAFICO EN MASA

SUMARIO: Título I. I.-Lo clásico y lo nuevo en la contratación. Título II. I.-Definición de las Condiciones generales de Contratación. Título III. I.-Análisis de cada característica conformante de las Condiciones Generales de Contratación. I.-a) Condición, cláusula y estipulación I.-b) Condiciones generales y particulares I.-c) Preformulación I.-d) Estipulación o dictado del estipulante I.-e) Generalidad y abstracción I.-f) Uniformidad. Título IV. I. El problema de la terminología en los contratos por adhesión Limitaciones originales. La delimitación de Saleilles. II.-Conclusión.

Título I

I.- Lo clásico y lo nuevo en la contratación.

Es común, cuando se habla del contrato, exponer los elementos definitorios y descriptivos en torno de lo que se podría llamar la figura tradicional del contrato. Se trata de una operación jurídica en que se imagina a las partes situadas una frente a la otra discutiendo las particularidades del acuerdo hasta los detalles, dejando que la ley haga lo demás¹. En este caso, bien podría decirse que el contrato se pone sobre la mesa de discusión, se habla de él, hasta que se logra componer o ajustar los varios e inicialmente opuestos intereses de las partes².

Estamos en presencia de ese “tipo vulnerable de contrato” –como lo llama Jossierand- en que campea el verdadero querer de los contrayentes, es decir, de común acuerdo, sin imposición, y en que parece materializarse de una manera más ortodoxa el consentimiento manifestado “por ofertas o propuestas de una de las partes” y aceptado por la otra, según declarada el art. 1144 del Cód. Civil, siendo la promesa “a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con

todos los antecedentes constitutivos de los contratos”, de acuerdo con el art. 1148 de dicho cuerpo legal.

Pero frente a este esquema que se considera clásico, han surgido estructuras que parecen escapar a esa concepción, comportándose de manera singular y aún no muy clarificada por la ciencia jurídica. Nos referimos a las condiciones negociales generales³

Debemos formular dos observaciones: por un lado, la del incremento que experimenta la materia contractual⁴, y por el otro, la falta de reconocimiento generalizado y ostensible que se comprueba con solo acudir a los repertorios de jurisprudencia donde la voz *condiciones negociales generales* no tiene ubicación particular.

Los fenómenos de masificación congregan a conjuntos numerosos de individuos anónimos constituye ante todo una realidad que está delante de nosotros y por tanto que no se puede dejar de admitir, pero, además, comporta un hecho inevitable e irreversible⁵. Dentro de esta realidad el contrato por negociación casi no tiene cabida.

El tráfico de masa nos enfrenta con el consumidor anónimo, que sólo adquiere cierta personificación cuando llega a la ventanilla, al mostrador o al distribuidor automático. La preponderancia que tienen las condiciones negociales de contratación en el tráfico actual no ha pasado por cierto inadvertida a la doctrina.

Si las condiciones generales son una respuesta racionalizadora frente a los problemas que plantea una actividad contractual masificada, resulta lógico que su utilización esté estrechamente

vinculada al tráfico empresarial y carezca prácticamente de relevancia en las relaciones con los particulares.

En efecto, las condiciones generales constituyen un instrumento de racionalización vía estandarización y sólo las empresas realizan un número de transacciones homogéneas suficientemente elevado como para hacer eficiente el establecimiento de una regulación previa y uniforme para todas ellas.

Los particulares carecen de estímulos semejantes para reglamentar anticipadamente sus relaciones. Cuando utilizan condiciones generales lo hacen por otras razones. Normalmente, porque carecen de la preparación y del tiempo necesario para regularlas detalladamente y creen insuficiente el Derecho dispositivo. Se trata de razones de seguridad jurídica.

Título II.

I.- Definición de las condiciones generales de contratación.

Como pudimos observar en el punto anterior, donde se plantea el tráfico en masa, y debido a la economía de mercado cada vez más presente en nuestro tiempo, es sumamente necesario, explicar, o más bien, definir que son estas condiciones generales de contratación, y Rezzónico las define de la siguiente manera:

“Es aquella estipulación, cláusula o conjunto de ellas, reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una

pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación⁶.

Si bien detallamos a continuación cada uno de sus elementos, considero importante y oportuno, establecer que el estipulante es la persona que redacta unilateralmente dichas cláusulas para luego plasmarlas en el contrato.

Título III.

I.- Análisis de cada característica conformante de las CGC.

De acuerdo a lo establecido por Rezzónico, podemos establecer lo siguiente:

I.- a) **Condición, cláusula y estipulación:** el vocablo “condiciones” puede adquirir aquí cierta equivocidad, ya que tiene en sede de derecho de obligaciones una estructura propia como modalidad o modificación accidental de las partes, de utilización al arbitrio de éstas, formando entonces *obligaciones condicionales*.

Considero en desacuerdo con el hecho de que pueda adquirir equivocidad, formando obligaciones condicionales, ya que es este ámbito específico que estamos tratando, “condición” se refiere pura y exclusivamente a las estipuladas en el contrato de adhesión. Por ende, no puede dar lugar a duda posible, quienes conocen el tema, saben que condición se refiere a las generales de contratación al hablar de contratos de adhesión.

La doctrina distingue con diferencia la idea de “cláusula” y la de “pacto” o “estipulación”. Según Díez-Picazo, el *pacto* y la *estipulación* son siempre singulares disposiciones de un contrato o, en general, de un negocio jurídico bilateral o plurilateral, aunque el pacto es posible fuera del derecho patrimonial⁷ ; la cláusula es una particular disposición negocial en cualquier clase de negocio jurídico, por ejemplo, una disposición testamentaria⁸

Considero un gran acierto de Carnelutti, la cláusula es siempre parte de un documento y no se puede hablar de cláusulas de un contrato verbal, donde puede hablarse, en cambio, de pactos o estipulaciones, la idea de cláusula está ligada al documento en que el contrato se refleja que al contrato mismo.

I.- b) **Condiciones generales y particulares:** El término general sirve para significar la uniformidad de contenido, estas condiciones generales significan la elaboración por el predisponente de un esquema constante⁹. A lo que se refiere en este punto, es que para un determinado sector empresarial, por ejemplo, de telefonía celular, todas las condiciones generales de contratación son las mismas, no están realizadas en miras a un cliente en particular sino a la pluralidad de ellos, ya que los mismos frente a la empresa están en igualdad de condiciones, acá la empresa dice: bueno, estas son las CGC (condiciones generales de contratación) que van insertas en el contrato al cual debe adherirse el cliente para acceder a nuestro producto.

También podemos establecer las condiciones particulares son cláusulas que, por regla, afectan aquellos puntos que deben ser negociados o establecidos individualmente, así como las que sirven de complemento a las condiciones generales. Weber también formula una advertencia: puede haber condiciones (negociables) generales a las que es posible agregar alguna cualidad específica más, cual es la de pertenecer a determinado campo, como por ejemplo, las condiciones generales en materia de bancos, en el ramo de la construcción, etc.¹⁰.

Estas “condiciones generales específicas”, por un lado son privativas, particulares en una materia, ramo o sector industrial o comercial, pero por otro están concebidas de manera general para todos los negocios de esos campos, con uniformidad. Veamos un ejemplo, en el contrato de seguro, el riesgo asegurado es una condición particular del mencionado contrato, pero si tomamos en consideración las condiciones aplicables a todos los riesgos de la misma índole (todas las condiciones del seguro contra incendio, del seguro contra robo, etc.); aunque hemos bajado el umbral de generalidad reuniendo o agrupando los riesgos, no sería técnicamente correcto decir que son condiciones particulares.

Desde el punto de vista de las condiciones negociales, ya que no se identifican con los rasgos pertenecientes a aquella categorización que hemos descrito. Proponemos que se hable, por lo tanto, de “condiciones generales de contratación específicas a” y aun “condiciones generales de contratación uniformes en materia de”. Queda así la fórmula: condiciones generales de contratación específicas al crédito bancario, o al contrato de seguro de vida, etc.

Coincido plenamente con la postura de Weber, y más claro que en el ejemplo del seguro imposible. Las cláusulas son particulares para un contrato en concreto, pero agrupadas los iguales contratos donde el riesgo asegurable es el mismo, tenemos como resultado un conjunto de condiciones generales idénticas para ese grupo de contratos donde el riesgo a asegurar es el mismo.

I.- c) **Preformulación:** las CGC están preformuladas cuando temporal, cronológicamente, están ya expeditas con anterioridad a la inclusión de las partes, con miras a su utilización en futuros contratos. Es el caso de las CGC que están preparadas por escrito y reservadas para su inclusión en contratos futuros, sea que estén contenidas en formularios o carteles.¹¹

Esta definición de “preformulación” es muy importante, porque si bien todos estos caracteres son importantes, ya la antelación de las CGC nos fija de antemano las relaciones por las que las partes se van a regir, son el resultado del trabajo intelectual realizado por el estipulante, dando como resultado final el clausurado ante el cual debe adherirse.

I.- d) **Estipulación o dictado del predisponente:** las CGC deben estar establecidas, fijadas, estipuladas por una de las partes a la otra. Que el estipulante “fija” las condiciones significa que él, sus representantes, consejeros, las imponen al adherente. La fijación significa la introducción que el estipulante hace de las CGC en el contrato específico por medio del instrumento de las cláusulas preformuladas¹². Recién cuando la preformulación, la pluralidad de relaciones y el establecimiento o fijación frente a la contraparte se han realizado, se cumplen los presupuestos necesarios para la calificación como CGC.

Podemos observar que ésta se relaciona íntimamente con la anterior, ya que el dictado por el predisponente hace a la preformulación con la que el adherente se encuentra, vamos a ver a lo largo de este trabajo, como se hace hincapié y con razón, en que los contratos de adhesión el adherente realiza su adhesión al mismo, no discute el contenido ni el clausurado, por ello debemos saber cuan importante es saber de que consta el contrato, para poder estar seguros de querer formar parte de él.

I.- e) **Generalidad y abstracción:** las CGC poseen, por su naturaleza, carácter de generalidad, ya que se creen sin relación con un determinado contratante, por ejemplo, todos los contratos de teatro, los de las compañías aseguradoras, etc.; es la pluralidad de relaciones de donde dinamiza esa generalidad.

La abstracción es otra característica de las CGC y significa que la cláusula o el conjunto o el conjunto de ellas están concebidas de manera independiente de una concreta relación contractual

¹³ La abstracción supone características desligadas, separadas, “abstraídas” de los objetos que se le presentan¹⁴, ya que abstraer significa literalmente poner aparte, arrancar.

I.- f) **Uniformidad**: puede caracterizarse como repetitividad y metodicidad en relaciones, cierta regularidad y sistematicidad y significa adopción de método constantes de contratación¹⁵ que se canalizan a través de utilización de esquemas uniformes o modelos contractuales fijos.

La uniformidad aparece coloreada por las especificidades del ramo negocial y determina una regulación igual o muy parecida de cuestiones jurídicas similares, tanto en lo que concierne a la materia general (sujetos, oferta, aceptación, carácter obligatorio, descripción del objeto, etc.), a las circunstancias relativas a quien cumple (imposibilidad de la prestación, prestación defectuosa, garantía) o inherente al receptor de la prestación (aceptación, deber de pago, prohibición de cesión, cláusula penal, etc.). Al respecto, no cabe realizar ninguna acotación más, fue clara la definición.

Título IV

El problema de la terminología en los contratos por adhesión.

I.- *Limitaciones originales. La delimitación de Saleilles.*

Fue Raymond Saleilles quien en una obra sobre la declaración de voluntad, acuñó el giro “contratos de adhesión”, según sus palabras “a falta de algo mejor”¹⁶.

Al decir de autores como Demogue, la expresión ha hecho fortuna, pero bien puede afirmarse, a la vez, que poco ha contribuido a la transparencia científica, lo cual desde luego no

puede culparse al creador de la frase sino el empleo posterior del vocablo sin las necesarias aclaraciones y conveniente profundación científica.

Ya Ripert puntualiza la ausencia de una sistematización clara del instituto, señalando que Saleilles, “ese genio inventor de ideas jurídicas”, como se llama, “no llegaba siempre a precisar su pensamiento”, y quienes lo han ensayado después de él han trazado categorías de contratos de adhesión sin despejar claramente el elemento esencial que daría a esos contratos una naturaleza propia¹⁷

Una de las primeras denominaciones que se utilizó para dar un primer enfoque al tema, que fue la expresión “contrato por adhesión”. El ámbito en el cual quedó plasmado la utilización de esta expresión fueron los casos de monopolio de hecho o de derecho en donde el adherente estaba en medio de 2 situaciones fácticas: o contrata bajo las condiciones establecidas por el monopolista o no contrata. Por lo tanto, un aspecto que sigue generando desconcierto a quien aborda el tema sigue siendo el de las distintas denominaciones que se han dado al problema.

Una renovada utilización de la clásica expresión “contrato de adhesión” la vemos en el Proyecto de Código Civil de 1999. La expresión contrato de adhesión es empleada como criterio de regulación en el art. 1390 del Cód. Civil Peruano¹⁸ y en el art. 424 del Cód. Civil de Brasil. Si bien la denominación contrato de adhesión sigue contando con un grado importante de aceptación, en la actualidad aparece como superadora de ella la denominación “contrato por adhesión”¹⁹.

Se pretende destacar de esta manera, que lo que define en forma primordial la categoría es la modalidad de celebración del contrato. Es importante remarcar que, “contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de contratación” ha sido la terminología admitida en las “VIII Jornadas nacionales de Derecho Civil”, celebradas en La Plata en 1981.

Otra denominación es la de “contrato predispuesto”. En un sentido general puede considerársela mas ambigua que el anterior puesto que la sola predisposición no implica que el contrato haya sido creado para regular una pluralidad de situaciones. Puede ser predispuesto un contrato destinado a regular una única relación contractual entre dos sujetos. Entendemos, no obstante, que esta denominación en la medida que se la entienda comprendiendo el fenómeno de las condiciones generales, también cuenta con suficiente aceptación.

La expresión “contrato standard” tiene como aval el hecho de contar con clásicos estudios sobre la materia siendo la expresión que más identifica el tratamiento que de el tema se efectúa en el Derecho anglosajón. Por razones históricas no ha tenido aquella denominación suficiente predicamento en la doctrina y jurisprudencia argentina. Menos especificidad cabe reconocerle a los “contratos tipo” para la comprensión del fenómeno de la contratación masificada. Es que la designación contrato tipo alude a un fenómeno instrumental de contrato preimpreso, pero sin involucrar de manera necesaria el proceso técnico jurídico de la formación del contrato con cláusulas preestablecidas para la contratación en serie.

Se advierte, que la más importante designación utilizada para reconocer los contornos de este problema en el Derecho continental ha sido la de “condiciones generales de contratación”, que tuvo su consagración a partir de la ley alemana de condiciones generales de contratación sancionada en 1976. Bajo esta denominación se consideró el problema de la contratación sujeta a cláusulas predispuestas destinadas a ser utilizadas en una pluralidad de contratos por la parte predisponente.

II.- Conclusión:

En este capítulo hemos visto como se ha presentado en los últimos tiempos una forma de contratación que está presente y si bien, este fenómeno es relativamente nuevo, ha adquirido mucho

auge últimamente y debemos saber que las condiciones generales de contratación y los contratos por adhesión están presentes entre nosotros.

Las condiciones generales de contratación y los contratos por adhesión forman parte de la vida negocial moderna en múltiples aspectos en los cuales son realizados estipulante y adherente, son lícitos y permitidos, pese que no son el resultado del libre acuerdo de las partes, sino de la voluntad unilateral del estipulante.

Capítulo II

NATURALEZA JURIDICA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION

SUMARIO: Título I. I.-La discusión sobre el fundamento de la validez de las Condiciones generales de Contratación. I.1- Revisión del planteamiento tradicional. I. 2- Posiciones que niegan relevancia a la cuestión. Título II. I.- Doctrinas Normativistas. I.1- Planteamiento. I.2- Las doctrinas normativistas tradicionales. I.3- Teorías normativistas modernas. Planteamiento. Título III. I.- Condiciones generales y Derecho Corporativo. II.- Fundamentación consuetudinaria del carácter normativo de las Condiciones Generales de Contratación. III.- Carácter normativo de las Condiciones Generales de Contratación fundado en un poder delegado por el Legislador. IV.- Conclusión. Título IV. I.- Las Doctrinas Contractualistas. II.- El planteamiento de la doctrina contractualista tradicional. III.- Autonomía privada y autodeterminación. IV.- La existencia de competencia como presupuesto de la libertad contractual. V.-Aplicación de los presupuestos del consentimiento a la adhesión a Condiciones generales de Contratación. VI.- Examen de dichos presupuestos en relación con la adhesión. VII.- Conclusión. VIII.- El contrato por adhesión. IX.- Concepto. Título XI. I.- Naturaleza Jurídica. I.1.- Teorías. La teoría clásica o contractualista. I.2.- La teoría anticontractualista. I.3.- La teoría intermedia. II.- Mi opinión.

Título I

I.- La discusión sobre el fundamento de la validez de las condiciones generales.

I.1.- Revisión del planteamiento tradicional

“El núcleo de la discusión dogmática sobre las condiciones generales de contratación se ha centrado tradicionalmente en el análisis de su “naturaleza jurídica”. Lo que se trata en realidad es de determinar cuál es el fundamento de su validez, o dicho de otra manera, cómo puede explicarse desde nuestro sistema de Derecho privado que unas cláusulas que un contratante impone a su contraparte sean reconocidas por el ordenamiento como vinculantes.

Los términos de la discusión quedaron fijados en la podríamos denominar etapa prelegislativa del derecho de las condiciones generales de contratación y en ella se formulan las dos justificaciones alternativas que reflejan aún hoy el status quaestionis: la primera, fundamenta la validez de las condiciones generales en su carácter normativo: las condiciones generales vinculan porque son normas (usos, poder delegado). La segunda, basa su vinculatoriedad en que se trata de meras cláusulas contractuales. Las condiciones generales vinculan porque y en la medida en que han sido aceptadas por el adherente. Como es obvio, las posiciones normativistas ponen el acento en el acto de predisposición (como acto de establecimiento de la norma), mientras que las posiciones contractuales subrayan el acto de adhesión (como acto de consentimiento que perfecciona el contrato).”²⁰

I.2- Posiciones que niegan relevancia a la cuestión.

“Algunos autores niegan relevancia a la discusión sobre la naturaleza de las condiciones generales. Afirman que carece de consecuencias en lo que hace al régimen jurídico respecto el cual, tanto los normativistas como los contractualistas, llegan a resultados idénticos, porque la posición que se adopta respecto a la naturaleza de las condiciones generales de contratación no es obstáculo para aplicarles un régimen jurídico adaptado- no a su naturaleza- sino a la naturaleza de las cosas²¹.

Otros autores consideran que la promulgación de la LDC (Ley de Defensa del Consumidor) han zanjado la discusión en nuestro país a favor de los contractualistas²² En cambio, otros autores, no ven argumentos en la LDC que sustenten tal afirmación. Al contrario, a favor de

las teorías normativistas podría alegarse que la LDC no exige que las condiciones generales sean aceptadas por el adherente como requisito como requisito de validez.”²³

Título II

I.- Doctrinas normativistas.

I.1- Planteamiento.

“Las doctrinas normativistas son, mas bien, doctrinas anticontractualistas. Reflejan la sensación extendida incluso entre autores contractualistas²⁴ de que la fundamentación contractual de las condiciones generales de contratación no resulta satisfactoria, pero no consiguen plantear una alternativa convincente. O bien, se limitan a afirmar que las condiciones generales son “sociológicamente” normas, o bien las califican como normas en sentido estricto pero con fundamentos muy débiles en el actual sistema de fuentes, por lo que apenas han logrado afianzarse en el panorama doctrinal tradicional.”²⁵

I.2- Las doctrinas normativistas tradicionales.

“Las teorías normativistas sólo adquirieron cierta relevancia asociadas a la denominada concepción institucional de la empresa. No es de extrañar, por tanto, que aparezcan y se desarrollen en el ámbito de la tesis institucionalistas francesas de principios de siglo y en los regímenes nacional-socialista y fascista de los años treinta: la concepción de la empresa como “servicio privado de utilidad pública” en el caso de las instituciones francesas y como institución social

portadora de intereses generales sometida a un control del Estado en el caso de las ideologías corporativas explican en buena medida tales concepciones²⁶.

Las más representativas son, la teoría de la adhesión debida por Saleilles²⁷ y la doctrina del derecho autónomo de la actividad empresarial de Grossmann-Doerth²⁸. Su interés actual estriba en su rechazo de la fundamentación contractual de la validez de las condiciones generales²⁹ y su mayor debilidad en que, partiendo de la concepción de la empresa expuesta, consideran erróneamente que los legítimos intereses de las empresas en estandarizar su contratación solo pueden protegerse declarando vinculantes las condiciones generales de contratación y atribuyendo a las empresas un poder reglamentario³⁰ lo que no solo resulta innecesario sino, constitucionalmente imposible³¹.

La única doctrina normativista que ha tenido cierto eco en nuestro país ha sido la que considera las condiciones generales de contratación como usos³². Esta propuesta no modifica la doctrina clásica de las fuentes del Derecho, en cuanto recurre al Derecho consuetudinario como justificación de la validez de las condiciones generales de contratación, pero no puede ser compartida porque no consigue argumentar convincentemente en las llamadas condiciones generales de contratación³³.³⁴

I.3- Teorías normativistas modernas. Planteamiento.

“Rechazadas por la doctrina y la jurisprudencia en sus construcciones más tradicionales, las teorías normativistas han estado abandonadas durante décadas y sólo en los últimos años han recuperado un relativo protagonismo favorecidas por la puesta en cuestión del monopolio estatal de las fuentes del Derecho y el reconocimiento de poderes normativos a instancias sociales ajenas al Estado³⁵.”

Los autores normativistas han recurrido a la concepción pluralista de producción del Derecho reconociendo poder normativo a instancias sociales intermedias para explicar la validez de las condiciones generales de contratación.

Su exposición puede realizarse clasificando las posturas en función del fundamento que atribuyen a dicho poder normativo³⁶. Así examinaremos en primer lugar las que encuentran dicho fundamento en el “Derecho corporativo”; a continuación las que buscan una fundamentación consuetudinaria de tal poder y, por último comprobaremos la posibilidad de admitir la existencia de un poder delegado por el legislador en leyes de condiciones generales de contratación.”³⁷

Título III

I.- Condiciones generales y “Derecho corporativo”.

Las doctrinas normativistas más elaboradas fundan el valor normativo de las condiciones generales en su equiparación a otras regulaciones emanadas de instituciones extraestatales cuyo carácter vinculante resulta difícil de fundar en el consentimiento de los que se someten a ellas.

Se trata de lo que podríamos denominar “Derecho corporativo” que incluye, fundamentalmente en los estatutos de las organizaciones sociales con estructura corporativa (sociedades capitalistas, asociaciones). La validez de los mismos resulta difícil de fundar en su aceptación por parte de los socios³⁸.

Estas normas tienen en común- según estos autores- el tratarse de normas de elección en el sentido de que el sujeto decide libremente integrarse en una institución y al hacerlo se le aplica todo un conjunto normativo al que no ha prestado su consentimiento³⁹ De modo similar, las condiciones generales de contratación constituirían normas emanadas de las empresas y “elegidos” por los clientes cuando otorgan su consentimiento contractual.

Aún cuando se quisiera admitir el carácter normativo el “Derecho corporativo”, la equiparación a éste de las condiciones generales de contratación no está justificada: las diferencias son numerosas y cualitativamente trascendentes⁴⁰.

En primer lugar, el “Derecho corporativo” nace de instituciones-corporaciones, en las cuales la institución es quien impone sus propias reglas a los miembros que la componen, mientras que las condiciones generales proceden de instituciones-establecimiento, instituciones que prestan servicios los cuales carecen de miembros e imponen condiciones a los “usuarios” o “clientes” de las mismas.

En segundo lugar, y sobre todo, el hecho de que las normas sean impuestas a los propios miembros de la corporación está legitimado en un primer momento, por un lado, porque estas instituciones son instrumentos de pluralismo social que permiten la realización efectiva de la democracia y de la participación de los ciudadanos en los asuntos sociales y, en segundo lugar, porque son instituciones que necesitan dicho poder de autoorganización por ser viables, puesto que, en otro caso su funcionamiento sería imposible⁴¹.

Como conclusión a este punto, podemos decir que las empresas constituyen igualmente instrumentos que permiten la realización de la democracia y la participación de los ciudadanos en la

vida social⁴², no resulta necesario, atribuir valor normativo a las condiciones generales de contratación para garantizar la supervivencia o la viabilidad de las empresas.

La participación de los miembros en la formación de la voluntad social y funcionamiento democrático de estas instituciones trae como consecuencia la legitimación del Derecho Corporativo, caracteres ausentes en las condiciones generales de contratación⁴³.

Por último, mientras que el adherente a condiciones generales de contratación está vinculado hasta la extinción del contrato, el socio puede liberarse en cualquier momento de la aplicación del “Derecho corporativo” abandonando la sociedad o asociación, la cual, garantiza que los que controlan la institución deban adaptarse a los deseos de los socios⁴⁴.

En base a diferencias establecidas precedentemente, es posible establecer que no puede asimilarse al Derecho Corporativo con las CGC. Las asociaciones, sociedades tienen un nacimiento y funcionamiento propio y autónomo y no puede considerarse que al ser el Derecho Corporativo la consecuencia de la aplicación de una norma de elección (en este caso por los socios) se equiparen a las CGC.

El socio forma parte de un contrato social y las CGC son un todo de cláusulas plasmadas en un contrato. En definitiva, ni puede compararse a estas organizaciones con las empresas en lo que hace a la necesidad de su existencia para el mantenimiento de una sociedad libre ni pueden tampoco compararse en lo que hace a la trascendencia que para el mantenimiento de estas organizaciones tiene el reconocimiento estatal de un derecho a autoorganizarse con la trascendencia que para la supervivencia de las empresas tiene la atribución de un poder normativo para dictar condiciones generales de contratación, ni, por último, se concede al adherente la posibilidad de desligarse del contrato-como le está reconocido al socio- una vez celebrado⁴⁵.

II.- *Fundamentación consuetudinaria del carácter normativo de las condiciones generales de contratación.*

Como ya quedó establecido anteriormente, se rechaza la calificación de las condiciones generales de contratación como “Derecho corporativo”, ¿puede fundarse su validez en el Derecho consuetudinario? Lo que se trata es de averiguar si existe una norma de Derecho consuetudinario cuyo tenor sea “las condiciones generales vinculan”⁴⁶.

Esta posibilidad podría ser considerada desde una concepción del Derecho consuetudinario la cual atribuya a los tribunales la competencia para poder establecer que normas de comportamiento merecen la calificación de costumbre. Desde esta perspectiva parece plenamente admisible la existencia de una regla no escrita que afirme la validez de las condiciones generales de contratación.

Igualmente es correcto añadir que la norma la habrían legitimado los jueces-en cuanto siempre han considerado vinculantes para el adherente las condiciones generales de contratación-aún cuando fuera sobre una base equivocada (para los autores normativistas): la de creer que con ello no hacían mas que aplicar el principio de libertad contractual⁴⁷.

Es preciso a mi modo de entender, desestimar esta teoría porque en el posible caso que se den todos los requisitos para aceptar la existencia de una regla como la enunciada, tal norma sería inconstitucional. El fundamento es muy simple: la distribución de competencias entre el poder legislativo y el judicial. Como se ha señalado acertadamente, aunque hoy se admita que los jueces pueden llegar a crear Derecho desarrollando el Derecho dispositivo es insostenible en todo caso que los jueces puedan crear conjuntos de normas completos. El principio del estado de derecho y de

legalidad excluye la posibilidad de fundar una competencia para dictar normas generales sin la intervención del Parlamento⁴⁸.

III.- *Carácter normativo de las condiciones generales de contratación fundado en un poder delegado por el legislador.*

Hasta el momento ninguna de las teorías propuestas han sido de acierto, por lo tanto, el siguiente paso consiste en comprobar si el reconocimiento legal de la validez de las condiciones generales de contratación implícito en todas las leyes de condiciones generales supone que el legislador ha delegado un poder normativo en los empresarios para dictar condiciones generales de contratación.

Aún cuando se admitiera que tal es el sentido de las leyes de condiciones generales de contratación-y por tanto de LDC- dicha delegación sería inadmisibles constitucionalmente. La competencia para dictar normas no es delegable sino en supuestos muy específicos⁴⁹, y entre ellos no se encuentra el que examinamos. Para comprobarlo, basta con examinar un supuesto similar: la llamada remisión dinámica⁵⁰.

Cuando el legislador se remite a reglas dictadas por particulares puede hacerlo a una redacción concreta de las mismas –remisión estática- o a la “versión vigente en cada momento”, - remisión dinámica-.Pues bien, toda la doctrina está de acuerdo en que este segundo tipo de remisión es inconstitucional.

Se reconocen las objeciones constitucionales pero también se afirma el carácter normativo de las condiciones generales de contratación sobre la base de un derecho “paralegal”, una suerte de

Derecho reconocido por los órganos estatales pero que carece de legitimidad estatal. Las condiciones generales de contratación deben enmarcarse en el ámbito de las normas creadas por los “poderes intermedios” de la sociedad como consecuencia de la inactividad e incapacidad del Estado para atender a todas las necesidades normativas de la sociedad⁵¹.

IV.- Conclusión

Las doctrinas normativistas han desarrollado diversos y variados fundamentos para poder dilucidar cual es la naturaleza jurídica de las CGC. Considero que en su generalidad son anticontractualistas, y que asimismo, sus argumentos han sido refutados en todos sus órdenes. La doctrina normativista tradicional plantea que las CGC están ligadas a la noción institucional de empresa.

Considero que para que los intereses de la empresa sean legítimos no es necesario declarar vinculantes a las CGC a través de un poder reglamentario conferido a las empresas, porque se tornaría un obrero arbitrario y además, choca con los principios constitucionales. Las teorías normativistas modernas plantean un abuso de posibilidades emanadas de diferentes instancias sociales, a través de las cuales tratan de encontrar la naturaleza jurídica de las CGC.

Como un primer estrato social tenemos al Derecho Corporativo donde no puede asimilarse a las CGC porque este derecho es que regula a las asociaciones, sociedades capitalistas donde se considera al socio como un libre elector de diferentes propuestas para formar parte de la sociedad, en la cual se le aplica un todo normativo que no conoce, esto podría llegar a ser un punto de aproximación con las CGC, ya que el adherente no las conoce en su totalidad.

La diferencia esencial radica en que, el socio en cualquier momento puede desligarse de la sociedad por cualquier motivo, en cambio, el adherente sigue formando parte del contrato y carece de esta facultad en el caso de que alguna cláusula o sus efectos, sean poco convincentes. Respecto

de la fundamentación consuetudinaria, la considero sumamente inapropiada porque los jueces no tienen ni el poder ni la atribución para crear normas, sigo sosteniendo la idea de que existe un contraste entre el ordenamiento jurídico y esta argumentación.

En cuanto la teoría que fundamenta la naturaleza jurídica en un poder delegado por el legislador, lo considero parecido al fundamento planteado por la teoría normativista tradicional basado en el poder reglamentario atribuido a las empresas. Si el legislador delegara poder para que los empresarios dicten sus propias CGC, no habría obstáculo legal ni contraste jurídico que pudiera impedir la legitimación de las empresas para considerar válidas aquellas CGC que encierran en implícitamente un abuso.

En resumen, estos autores afirman el carácter normativo de las CGC estableciendo como parámetro un Derecho Paralegal, es decir, estaría reconocido por los órganos estatales pero no cuenta con la legitimidad del Estado. Las CGC se encuadran en el ámbito de normas creadas por poderes intermedios que confirman la sociedad como consecuencia de la inactividad e incapacidad del Estado. Pese a ello, el impedimento legal establecido para la justificación de las doctrinas normativistas, descansa en la colisión de sus argumentos con los principios constitucionales del ordenamiento jurídico.

Título IV

I.- Las doctrinas contractualistas.

II.- El planteamiento de la doctrina contractualista tradicional.

La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia califican las condiciones generales de contratación como “meras cláusulas contractuales”. Calificarlas de esta manera, trae como consecuencia el postulado siguiente el cual se conforma con los diversos postulados:

a) las condiciones generales de contratación⁵² tienen carácter vinculante.

b) la imposibilidad constitucional de reconocer un poder normativo a los empresarios, para así de este modo rechazar la fundamentación normativista.

c) la inexistencia de otras fuentes de vinculación que no sean la norma o el contrato.

A partir de estos postulados se puede establecer el argumento contractual: si las condiciones generales vinculan y no hay más fuentes de vinculación que la norma y el contrato y las condiciones generales no son normas, por fuerza han de considerarse cláusulas contractuales⁵³

Esta es la respuesta argumentativa al problema de la fundamentación de la validez. Las condiciones generales son meras cláusulas contractuales, y como tales vincularán a los adherentes en tanto y en cuando hayan sido consentidas por ellos. A partir del momento en que la conducta del adherente se convierte en aceptación, dándose un valor objetivo convirtiéndose en la adhesión del cliente a la propuesta realizada por el estipulante, en ese momento, las cláusulas contractuales se tornan con carácter vinculante.

A partir de ese allí, nos encontramos ante un contrato sustancialmente idéntico a cualquier otro⁵⁴ y desde el punto de vista dogmático, (las condiciones generales de contratación) son contenidas de negocios jurídicos cuya configuración queda en manos de las partes según el principio de libertad contractual. Su validez en el caso concreto descansa en la voluntad de las partes.

La doctrina contractualista considera que: lo fundamental es si el adherente ha aceptado como vinculantes para él las condiciones generales⁵⁵. Las diferencias entre adhesión y aceptación son sociológicas, económicas o de hecho, pero irrelevantes jurídicamente⁵⁶. En este punto tenemos configurada la doctrina tradicional predominante hasta hoy.

El hecho de que sea la doctrina más predominante, no crea obstáculo para quienes la critican. Una de las teorías opositoras se basa en lo siguiente: el punto débil de la doctrina contractualista radica en el hecho de equiparar y poner en un mismo pie de igualdad a la adhesión y consentimiento. Pues de esta manera, dicho consentimiento negocial queda degradado a un acto meramente voluntario al que resulta muy difícil reconocer el valor ético que está en la base de la protección y reconocimiento que el ordenamiento otorga a la libertad contractual⁵⁷.

Bajo esta idea y con este enfoque particular, es que se van desarrollando las diferentes teorías contradictorias a la contractual y cuyo objetivo es la equiparación entre adhesión y consentimiento no es aceptable en ningún ordenamiento basado en la autonomía privada y entienden que el carácter vinculante de los contratos se basa en que han sido aceptados libremente- autodeterminándose- por los particulares⁵⁸.

III.- *Autonomía privada y autodeterminación.*

El objetivo en esta parte del trabajo es dar a conocer las aportaciones más notables en relación con una parte de este conjunto de problemas: en concreto, nos ocupará el modo en que hayan de calificarse y tratarse jurídicamente aquellas situaciones en las que una parte impone a la otra un contenido contractual. Esto supone detenerse en la libertad contractual entendida no como libertad de los particulares frente al Estado, sino como libertad frente a otros particulares. Para ello partiremos de la consideración de libertad contractual.

La autonomía privada como reconocimiento a los individuos de un poder para regular sus relaciones como tengan por conveniente se justifica porque es expresión del derecho a la autodeterminación de la persona humana⁵⁹. Con este fundamento no necesitamos legitimaciones

posteriores para considerar vinculantes los acuerdos adoptados libremente por los particulares: éstos valen porque han sido queridos por los individuos en el ejercicio de su libertad.

La justicia o la injusticia del contenido pactado es irrelevante porque la legitimidad de lo pactado no se basa en su contenido sino en el procedimiento por el que se ha alcanzado el acuerdo, que ha sido el consentimiento libre y no la imposición.

Aquí se sitúa el problema fundamental: la imposición o influencia indebida de una de las partes (estipulante) del contrato sobre la otra (adherente) en el marco de la discusión sobre la libertad contractual. Para que el contrato sea un acto de autonomía bilateral, es necesario que se den los presupuestos que permiten a ambas partes autodeterminarse porque, en otro caso, tendríamos heterodeterminación unilateral, con lo que desaparece la legitimidad para el reconocimiento estatal de dichos actos realizados por los particulares. Son estos supuestos los que interesan en el ámbito de la discusión sobre la validez de las condiciones generales de contratación⁶⁰.

IV.- *La existencia de competencia como presupuesto de la libertad contractual.*

Para determinar cuáles son los presupuestos que permitan decidir cuándo un contrato ha sido producto de la autodeterminación bilateral, y por tanto, merecedor del reconocimiento estatal, se parte de la función que se le asigna al contrato en una economía de mercado. En ésta, el contrato ocupa una posición central como instrumento para la realización de los intercambios de bienes y servicios cuando la realización de los mismos se deja a los particulares y a su libre actuación⁶¹.

Por lo tanto, para determinar cuando un sujeto ha actuado autodeterminándose al aceptar un contrato basta con comprobar si actuó voluntariamente en un marco de mercado. Entonces, si el mercado funciona correctamente, es decir, si existe competencia relevante, el poseedor de un bien

puede optar entre diversos compradores y el comprador puede igualmente hacerlo entre diversos vendedores.

La celebración voluntaria del intercambio debe calificarse como un acto de determinación en cuanto que el que celebra el contrato tenía otras alternativas a su disposición y optó por una determinada⁶². Puede afirmarse que un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar⁶³, que se pueda exigir al que celebra el contrato que se atenga a las consecuencias de dicha celebración, porque lo celebró optando entre varias alternativas⁶⁴.

V.- Aplicación de los presupuestos del consentimiento a la adhesión a condiciones generales de contratación.

El objeto de la exposición anterior es establecer los presupuestos de un consentimiento libre a los efectos de determinar si la adhesión a condiciones generales podía considerarse como consentimiento como postula la doctrina contractualista. Tales presupuestos para los criterios se pueden resumir del siguiente modo: a) que se trate de un ámbito reservado por el legislador a la libre decisión de los particulares; b) que los acuerdos que se adopten voluntariamente; c) es irrelevante que no haya existido negociación; d) que el contratante tuviera como alternativa razonablemente disponible frente a la celebración del contrato la renuncia a contratar para lo cual; e) el acuerdo ha de haberse realizado en un marco de competencia efectiva.⁶⁵

VI.- Examen de dichos presupuestos en relación con la adhesión.

“En primer lugar, resulta evidente que la determinación de las condiciones accesorias de un contrato, contenido habitual e las condiciones generales de contratación, es un campo reservado por el ordenamiento a la libre decisión de los particulares por lo que nos encontramos dentro del ámbito donde encuentra aplicación la autonomía privada.

En segundo lugar, la adhesión constituye un acto voluntario en cuanto que los adherentes no son coaccionados para aceptar la validez de las condiciones generales de contratación por lo que dicho presupuesto también se cumple.

En tercer lugar, el hecho de que las condiciones generales de contratación presenten sobre la base de “o toma o lo deja”, es decir, que no exista negociación, no afecta –en principio- a la libertad el adherente porque, según hemos tratado de demostrar la negociación no es presupuesto *sine qua non* de la existencia de autodeterminación.

Corresponde determinar, por tanto, *si los adherentes tienen a su disposición la renuncia a contratar como alternativa razonablemente disponible frente al sometimiento a las condiciones generales de contratación impuestas por la otra parte*. Tal renuncia sería una alternativa razonablemente disponible si los adherentes pueden acudir a los competidores, ya que, como hemos argumentado de que un acto voluntario es también libre depende no sólo del cliente individual sino del mercado concreto, de si en el mismo existe una competencia efectiva de forma tal que los oferentes tengan que adaptarse a las preferencias de los clientes”⁶⁶

VII.- Conclusión.

La doctrina contractualista considera a las CGC como cláusulas contractuales que obligan al adherente en la medida que estos las hayan aceptado. Cuando se está frente a un contrato de adhesión el cual contiene CGC, el adherente con su firma presta su consentimiento y así con ello, queda perfeccionado el contrato.

Quienes cuestionan a esta teoría, la atacan por considerar que adhesión no es lo mismo que consentimiento y, por lo tanto, el contrato celebrado no es el resultado de una manifestación bilateral de la voluntad.

Considero que el hecho de que el adherente quiera ser parte de las CGC contenidas en un contrato determinado, es por su libre elección y que una persona contrata porque así lo estiman sus intereses. No se puede realizar un análisis con diversos presupuestos para establecer la validez de las CGC.

Estas son válidas y vinculantes para el adherente por el solo hecho de que se obligó a ellas a través de la adhesión donde exterioriza su consentimiento. Debemos tener presente que estamos frente a una nueva modalidad contractual que escapa a la negociación clásica plasmada en el Código Civil al momento de refutar una teoría tan vigente como respetada.

Si bien las CGC fueron redactadas por el estipulante, el adherente debe estar de acuerdo con ello al momento del perfeccionamiento de la negociación, donde la concurrencia de ambas voluntades queda plasmada.

Al hablar de CGC no podemos dejar pasar por alto los contratos por adhesión, en los cuales la nota caracterizante son precisamente, las CGC.

VIII.- **El contrato por adhesión.**

IX.- *Concepto.*

El doctrinario Mosett Iturraspe, define al contrato por adhesión de la siguiente manera:

*El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas le corresponde a una sola de las partes –el predisponente- mientras que la otra debe limitarse a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas –adherente-.*⁶⁷

La doctrina usa varias denominaciones: contratos por adhesión, con cláusulas predispuestas, celebrado sobre la base de condiciones generales de negocios, etc. Las C.G. C. (condiciones generales de contratación) son empleadas preferentemente por la doctrina alemana.

Título XI

I.- Naturaleza jurídica. Teorías.

La cuestión relativa a la índole contractual o no de los negocios celebrados por adhesión suscitó arduas controversias (nota), habiéndose propuesto dos teorías extremas y una intermedia.

I.1- *“La clásica o contractualista:* desaparición de toda línea divisoria entre la figura en estudio y los demás contratos, a los que por contraste suele denominarse paritarios. Esta tesis no admite que los celebrados por adhesión escapen a las reglas que gobiernan los nacidos de la discusión: la aceptación, afirman, constituye una condición indiscartable para que el contrato, cualquiera sea, adquiera vida. Nace de una doble voluntad, la del oferente o predisponente y la del adherente y sus efectos jurídicos están delimitados igualmente por la voluntad de ambos colaborados. Lo único que puede señalarse de nuevo, es su nombre.

Observan que de existir una categoría de actos jurídicos distintos originados por la adhesión, sería preciso definirlos, indicar los criterios válidos de distinción y que, por el contrario, nada de eso hacen los partidarios de la denominada nueva teoría. La única fórmula precisa a que han echado mano, es la de considerar como actos por adhesión a todos los que revisten el carácter de la ley colectiva, aludiendo con esa denominación a una oferta dirigida no a un individuo en particular sino a cualquiera del público.

Para demostrar la verdad de la tesis clásica se analiza el nacimiento del contrato por adhesión y se estudian sus efectos jurídicos. Se comprueba así como antes de producida la adhesión carece de existencia, lo cual evidencia la necesidad ineludible de la voluntad común de dos o más partes, aun cuando esas voluntades no se encuentren en pie de igualdad. La diferencia del poder de negociación entre una y otra parte, es otro de los rasgos típicos.

En lo que respecta a efectos apuntan que el adherente sólo se obliga en la medida de su adhesión; no está obligado a nada más. La voluntad del predisponente no basta para ligarlo.

Sólo los poderes públicos dictan reglas que se imponen a los terceros sin su asentimiento; que ese poder no puede ser ejercido por los particulares. En síntesis, dicen los partidarios del sistema clásico, la nueva teoría, que tiende a acorarle autonomía a los que Saleilles llamó contratos de adhesión, es inútil a la vez peligrosa⁶⁸.

I. 2- *La tesis anticontractualista*: otra de las extremas, que se ha denominado del “acto unilateral” o publicista, niega la naturaleza contractual del negocio por adhesión, aun cuando entre las opiniones de sus partidarios hay matices claramente diferenciales.

Para Saleilles, se trataría de una declaración unilateral de voluntad obligatoria que dicta su ley y no a un individuo aislado sino a una colectividad indeterminada y que se obliga previa y unilateralmente, a reserva de la adhesión que aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. Fue este autor quien notó, por primera vez, que podía señalarse la presencia de una nueva forma de vinculación jurídica, surgida de los caracteres mismos de un momento histórico e imposible de ubicar dentro de una zona en donde la norma creada resulta de la superposición de una voluntad sobre otra.

Para Hauriou la naturaleza de estos actos es de tipo reglamentario, a los cuales se adhiere otra voluntad.

Para Duguit originan un estado de hecho objetivo y permanente al cual se suman los interesados⁶⁹.

Coinciden estos autores en afirmar que el llamado contrato por adhesión no es sino un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiere a él. Pero esta adhesión afirman, está muy lejos de cambiar su naturaleza y volverlo bilateral; es un requisito accesorio para que entre en vigor como lo es la promulgación de una ley con respecto a su validez. Los efectos del acto están determinados tan sólo por la voluntad y la personalidad de su autor.

Parten, en el desarrollo, de sus planteos, de considerar que la noción de contrato supone la igualdad de aquellos que lo realizan y en los por adhesión, sostienen, se enfrentan dos partes entre las cuales no existe igualdad alguna, cualquiera sea la medida, como para admitir la posibilidad de un vínculo tal.

La utilidad social sería la que permite en los actos por adhesión que una voluntad unilateral produzca un efecto bilateral. Y justificando la necesidad de una nueva figura remarcando que de esos actos surgen una serie de problemas que no pueden ser resueltos con base en los principios conocidos: ni por la común voluntad, ni por la equidad, ni por el uso, ni por la ley.

Consideran que no pueden ser obligatorias en virtud de un lazo contractual aquellas cláusulas cuyo conocimiento ha sido a veces imposible, como puede ocurrir debido a la falta de tiempo material para leerlas⁷⁰.

I. 3- *La tesis intermedia*: apredende el contrato por adhesión como un negocio de base contractual y fondo reglamentario. Sería una tercera categoría, dentro de los actos jurídicos bilaterales.

Quienes así piensan contraponen el contrato, en el cual las partes fijan libremente sus obligaciones recíprocas, sus nuevas situaciones jurídicas, con la institución, en la cual el legislador

fija imperativamente la situación nueva, las condiciones, y de allí que también la denominen acto-condición.

A mitad de camino encontraríamos al contrato por adhesión, en el cual uno de los contratantes impone su voluntad al otro, obligando al legislador a intervenir para asegurarse la protección del más débil⁷¹.

Dentro de los adherentes posibles resalta la figura del “consumidor”, de la persona necesitada de bienes o servicios para la satisfacción de sus necesidades.

Los sostenedores de esta posición reconocen por un lado, que la teoría nueva da a los simples particulares un poder reglamentario verdaderamente peligroso para el público y, por el otro lado, achacan a la doctrina clásica el admitir demasiadas ficciones que se hallan en abierta contradicción con la realidad.

Parten del distingo entre contratos de Derecho Privado y los denominados de Derecho Público⁷². Y estudian el contrato por adhesión dentro de los de derecho privado. Se diferencia en ellos, dos tipos de cláusulas: aquellas que son esenciales, sobre las cuales necesariamente se ha detenido la atención de las partes intervinientes, de aquellas otras que son accesorias o que por lo menos el destinatario de la oferta las ha considerado como tales; éstas últimas no pueden sino precisar y completar las primeras, siendo contrario a la buena fe que fundándose en ellas se intente desnaturalizar la esencia del contrato.

El contrato típico o regulado legalmente, celebrado por adhesión, se desnaturaliza cuando, sin razón suficiente, se aparta de los efectos normales o naturales, establecidos por normas dispositivas; del denominado “modelo razonable”⁷³.

Los actos por adhesión, concluyen, son contratos y los efectos determinados por la común intención, en virtud de las partes; pero precisamente por esa común intención, en virtud de la

voluntad real de los contrayentes, hay que respetar la jerarquía que existe entre las diversas cláusulas de un contrato.

Las cláusulas esenciales, en su letra y en su espíritu, deben regir la vida del contrato”⁷⁴

II.- Mi opinión.

El contrato por adhesión es un contrato verdaderamente. Lo considero dentro de la doctrina contractualista porque para que se perfeccione el contrato es necesario el consentimiento de ambas partes, en este caso, estipulante y adherente.

La adhesión por parte del adherente, manifiesta su expreso consentimiento de formar el contrato y por ende, queda configurado el acto jurídico bilateral. El contrato por adhesión se caracteriza por contener una estructura particular y una elaboración –podríamos llamar- unilateral, ya que su contenido y clausurado es elaborado por una sola de las partes. Pero no por ello, debe dejar de ser un contrato, o mejor dicho, no debe buscársele un significado ni categoría diferente.

Estos contratos son los establecidos para determinados sectores empresariales y que están insertos en el mercado de hoy en día. Cuando una persona compra un producto determinado, por ejemplo, un teléfono celular, al ser firmado el contrato de venta por el comprador, queda perfeccionado el contrato por adhesión, dando como resultado un vínculo contractual conformado por la empresa vendedora y el adquirente del producto, en este caso, el comprador.

Más allá de las controversias y de la negativa de parte de nuestra doctrina, el contrato por adhesión a condiciones generales de contratación, es un contrato que ha logrado imponerse en la sociedad moderna como resultado del tráfico económico cada vez más acelerado.

Coincido plenamente con Rezzónico cuando sostiene lo siguiente: *“la esencia jurídica de las CGC no es la de un contrato, sino la de una realidad independiente, que asignar carácter a ese*

fenómeno contractual, sin más, equivale a ingresar en el terreno de las ficciones; en fin; que el campo de despliegue residual es el del derecho contractual, en cuya afirmación no debe buscarse ninguna contradicción, sino el empleo de un utillaje existente adoptado a la nueva realidad, con conciencia a e las limitaciones y posibilidades que ello comporta y dando paso siempre al análisis de la realidad desde la perspectiva propia del fenómeno de las condiciones negociales generales.

Capítulo III

EI STATUS NORMATIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL DERECHO ARGENTINO

SUMARIO: Título I. I.- Análisis en el derecho Argentino. Título II. I.- El Régimen Jurídico de la Adhesión a Condiciones generales de Contratación.- II.- El Control de Contenido como pieza esencial del régimen jurídico de las Condiciones Generales. III.- Conclusión. Título III. I.- La justificación contractualista del control de contenido.1- El abuso de la libertad contractual. II.- Conclusión.

Título I

I.- Análisis en el Derecho argentino.

El marco normativo para considerar cuál es el régimen aplicable a las condiciones generales de contratación toma en cuenta inicialmente que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica del fenómeno de las condiciones generales. Como antecedente normativo del tema se menciona en la ley 19.724 de Prehorizontalidad la inclusión de una norma – art. 14- que tendió a regular el contenido contractual en consonancia con los caracteres que tuvo en el Código italiano de 1942 el problema de la adhesión a contratos predispuestos.

Sin embargo, tal antecedente no puede ser considerado una regulación específica de las condiciones generales de contratación aun en el ámbito de aplicación por ella establecido, puesto que la disposición mencionada se refiere a las cláusulas de los contratos en general sin que aparezcan mencionados por el legislador el fenómeno y los requisitos de las condiciones generales de contratación.

Es con la ley 24.240 de Defensa de Consumidor que se produce el mayor avance en la materia. A través de los arts. 10, 37 y 38 se introducen en nuestro ordenamiento los principales instrumentos de control que la doctrina comparada reconoce como propios de la regulación de las condiciones generales de contratación⁷⁵.

Es así que cabe adelantar, que en el marco de la ley 24240 se admite la existencia de un control de inclusión, un control de interpretación y un control de contenido judicial y administrativo. Sin embargo, la particularidad de esta previsión normativa está porque la aplicación de estas soluciones no aparece condicionada a que el contrato con el consumidor esté sometido a “condiciones generales e contratación” en el sentido técnico.

Vale decir, los controles tradicionalmente reconocidos como propios de las condiciones generales de contratación en la doctrina y legislaciones comparadas se aplican en el ámbito de la defensa del consumidor el Derecho argentino aunque el contrato de consumo no se haya celebrado por adhesión a dichas condiciones generales.

El fenómeno de las condiciones generales de contratación, ha resultado absorbido por la normativa de defensa del consumidor que se vale de sus reglas para aplicarlas, incluso a contratos de consumo cuyas cláusulas no sean susceptibles de ser calificadas como condiciones generales. Ello por cuanto, en la ley 24.240 no se subordina la tutela del consumidor en materia de inclusión, control interpretativo y de contenido a que existan condiciones generales y, por consecuencia, tampoco se las define. En la ley de Defensa del Consumidor, las condiciones generales de contratación son una suerte de presupuesto sobre los que descansan los mecanismos de protección.

La situación del adherente profesional empresario plantea en el Derecho nacional una verdadera laguna normativa. Ello por cuanto a su respecto no resulta de aplicación directa la

normativa de la ley 24.240 en razón de la exclusión expresamente establecida en su art. 2. Sin embargo la doctrina ha efectuado estudios especializados sobre la situación de la adherente empresa, llegando a la conclusión de que la empresa con menor capacidad de negociación llega al mismo por manifestación de su libertad de contratar sin que ello implique el poder de negociar todas las cláusulas contractuales⁷⁶.

Respecto del régimen del adherente empresario, consideramos que, definido que el contrato celebrado con la contraparte es un contrato por adhesión a condiciones generales de contratación, corresponde integrar el vacío legal a las reglas señaladas por el ordenamiento en el art. 37 de la ley 24.240, las que expresan un principio general de protección del adherente más allá de cualquier nota específica del consumidor. No cabe, en cambio, extender al adherente profesional la interpretación favorable al consumidor prevista también en el art. 37 puesto que este criterio constituye una pauta hermenéutica basada en un particular sentido de protección que no se corresponde con los supuestos en que el adherente es un profesional. Si corresponderá la aplicación de la regla “contra proferentem” cuando la cláusula es dudosa.

Título II

I.- El Régimen Jurídico de la Adhesión a Condiciones Generales.

La doctrina considera que las particularidades que presenta la formación del consentimiento en el caso de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales de contratación impone la intervención del ordenamiento jurídico para garantizar al adherente suficientes pautas de información y posibilidad de conocimiento del contenido de las condiciones generales, así también como para establecer límites a la libertad de configuración de cláusulas por el predisponente. Estos objetivos se llevan a cabo a través de un denominado control preventivo, de naturaleza fundamentalmente administrativa, y un control judicial que supone la existencia de un caso concreto.

El control judicial de las cláusulas predisuestas se lo considera compuesto por tres momentos. Uno es el denominado control de inclusión o de incorporación de las cláusulas al régimen jurídico del contrato. Otro tramo del control es el que se produce una vez establecido cual es el marco del clausurado que integra efectivamente una relación y se trata del denominado control de interpretación. El último segmento del control está constituido por el *control de contenido*, conforme al juez se juzga la conformidad de las cláusulas con el ordenamiento jurídico desde el punto de vista de la buena fe y del equilibrio normativo en la regulación de los intereses de adherente y predisponente.

En nuestro ordenamiento jurídico el régimen jurídico de las condiciones generales no se presenta unificado en un instrumento normativo que regule en forma íntegra el problema. Más allá de algunas disposiciones que han servido de antecedente parcial para perfilar el régimen de contratación bajo condiciones generales, como lo ha sido la ley 19.724, la incorporación al Código Civil del principio de buena fe y la lesión, como algunas disposiciones específicas en materia de seguros, ha sido la ley 24.240 la que ha avanzado en la concreción normativa de la tutela del adherente.

La ley 24.240 considera incorporado en el ordenamiento argentino el control de inclusión. En efecto, el art. 10 de la ley 24.240 establece los requisitos de apariencia que deben contener las cláusulas así como también la exigencia de entrega al adherente de las condiciones. Estos requisitos pueden considerárselos equivalentes con los que la doctrina comparada admite como propios del control de incorporación: aquellos que refieren a la perceptibilidad-legibilidad y comprensibilidad, y los relativos a la facilitación de las condiciones del adherente.

En cuanto al **control de contenido**, corresponde destacar que el **art. 37** de la ley **24.240** lo incorpora expresamente estableciendo en su primera parte: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez el contrato, se tendrán por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las*

cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

De lo señalado precedentemente, puede desprenderse que la interpretación del contrato predispuerto forma parte de un régimen normativo que reconoce especificidad al fenómeno de la utilización de condiciones generales.

En nuestro país se ha intentado ofrecer una regulación más específica del fenómeno de la contratación por adhesión a condiciones generales, al incorporarse disposiciones especiales en los proyectos de reforma del Código Civil. Puede decirse que, a posteriori, la tendencia en el derecho comparado destaca como opción el dictado de leyes especiales que regulen con carácter más analítico y sistemático el tema. Consideramos que la mejor repuesta legislativa al problema de las condiciones generales de contratación, provendría del dictado de una ley especial en la materia que, debidamente coordinadas sus soluciones con las disposiciones en materia de consumo, brinde una regulación analítica del tema.

II.- El Control de Contenido como pieza esencial del Régimen Jurídico de las Condiciones Generales.

Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido, el derecho de las condiciones generales se diferencia del derecho contractual sobre todo⁷⁷ por diferentes límites a la validez de los pactos contractuales y de las condiciones generales.

Mientras los pactos contractuales están sometidos –en general- únicamente a la ley imperativa, la moral y el orden público como límites genéricos de la libertad contractual, las condiciones generales sólo son válidas si son conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. La diferencia estriba por tanto, en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de la validez: en un caso la moral y el orden público y en otro la buena fe⁷⁸.

La buena fe significa un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones generales comparándolas con el Derecho positivo. Más exactamente, el juez deberá comparar la regulación contenida en la CG con la regulación que sería aplicable a dicho supuesto de no existir tal condición general. El derecho que resultaría aplicable viene dado por las normas del Derecho positivo y a falta de éste o en caso de que éste no se adapte al contrato efectivamente celebrado, por una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes

Si entre el contenido de la condición general y el derecho que resultaría aplicable existe una discrepancia que no está justificada por las especialidades del contrato específicamente celebrado, el juez deberá declarar la nulidad de dicha cláusula por ser contraria a la buena fe y sustituirla por el derecho que pretendía derogar.

El control de contenido puede realizarse en dos tipos de procesos: en primer lugar, en el ámbito de un litigio que tenga por objeto el contrato en el que se ha incorporado la condición general correspondiente. En él, la ineficacia de la cláusula puede alegarse como acción o como excepción por el adherente frente al predisponente (ámbito individual, control incidental)

En segundo lugar, en el ámbito de un proceso emprendido por una asociación de consumidores o empresarios que ejercitan una acción de cesación frente a un empresario que utiliza condiciones generales abusivas (control abstracto). Por medio de la acción de cesación se pide a órgano judicial competente que declare, con carácter general, la ineficacia de alguna cláusula de modo que dicha declaración obligue al empresario a eliminarla de su condicionado general y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

La aplicación de la Ley de defensa de Consumidor conduce a señalar que el control jurisdiccional se halla expresamente previsto, a través de un texto que merece las siguientes consideraciones:

a) Se hace operativo a partir de la pretensión judicial de nulidad parcial de un contrato por adhesión.

b) La invalidez parcial por la que se deduce demanda deberá fundarse en la existencia de una o más cláusulas abusivas.

c) Para decidir sobre la existencia de una cláusula abusiva el juez deberá verificar si la misma:

- c. 1- desnaturaliza el vínculo obligacional
- c. 2- importa una renuncia o restricción a los derechos del consumidor
- c. 3- amplía los derechos del adherente
- c. 4- limita la responsabilidad por daños del predisponente
- c. 5- invierte la carga de la prueba, en perjuicio del consumidor.

d) Verificada la existencia de una cláusula abusiva, el juez la tendrá por no convenida, y podrá sustituirla (integración del contrato) por la norma legal aplicable (art. 37, inc. 3). Con la sanción de la ley se legitima a la autoridad e aplicación de dicha ley, Secretaría de Industria y Comercio (art. 41), para efectuar la vigilancia tendiente a que los contratos por adhesión “no contengan” cláusulas abusivas.

Y para el caso que dichos contratos requieran la aprobación de otra autoridad (Superintendencia de Seguros de la Nación), la Secretaría de Industria y Comercio podrá requerir de la primera, la modificación de los contratos (art. 39) a los fines de suprimir de los mismos las cláusulas abusivas que contengan.

III.- Conclusión.

El Régimen Jurídico de la Adhesión a Condiciones Generales es garante para el adherente en el sentido que, lo protege y le brinda la posibilidad de poder recurrir al órgano jurisdiccional cuando su adhesión al contrato hay sido dada también a cláusulas abusivas, arrojando como

resultado de su aplicación, la ineficacia de las dichas cláusulas como consecuencia como consecuencia de su abusividad.

Este régimen jurídico se traduce en el control de contenido, esta herramienta se encuentra en la Ley de Defensa del Consumidor, donde a través del art. 37 de dicho cuerpo legal, se declara abusiva una cláusula.

I.- La justificación contractualista del control del contenido

I.1- El abuso de la libertad contractual.

Los autores contractualistas justifican el control de contenido de las condiciones generales equiparándolo con el respeto a la autonomía privada. Dado que las condiciones generales son, en su concepción, producto de la autonomía privada, se las sostiene al régimen de éstas. Por lo tanto, se *establecen límites a la autonomía privada específicas para la autonomía privada ejercida por medio de condiciones generales.*

La base para tales limitaciones la encuentra en el abuso de la libertad contractual. Con diferentes matices, se desarrolla a continuación, el fundamento de control que pueden sostener la doctrina contractualista.

a) En la versión más tradicional, se afirma que las condiciones generales deben ser controladas por los tribunales porque el empleo de condiciones abusivas atenta contra un interés público y, por lo tanto, constituye no un ejercicio sino un abuso de la misma.

El interés público se ve afectado precisamente porque el reparto injusto de derechos y obligaciones afecta-no a un sujeto individual- sino a una masa de contratantes⁷⁹

b) Esta versión tradicional se formula bajo la doctrina de los límites inmanentes de la autonomía de la voluntad debida a De Castro⁸⁰, afirma que la autonomía privada tiene límites inmanentes y funda su concepción sobre todo en la revaloración del Derecho positivo⁸¹ frente a la concepción estrecha y simplista que reduce el significado del Derecho positivo al de ser un mero suplente de la autonomía privada: *Las normas que regulan los contratos y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que por tanto tienen carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.*

Con esta reinterpretación del sentido del Derecho dispositivo se concluye afirmando que la derogación de las normas dispositivas sin justificación constituye una renuncia a la ley inadmisibles.

c) Una tercera justificación contractualista del control de contenido se ha propuesto a partir de la doctrina de la libertad de decisión negocial, modifica la doctrina clásica afirmando que dado la libertad contractual se reconoce para alcanzar acuerdos justos, cuando se imponen condiciones generales justas o equilibradas no se viola la libertad contractual del adherente porque en tal caso, la finalidad para la que se le otorga la libertad contractual al adherente se ha alcanzado.

d) Por último, la versión más actualizada de las doctrinas contractualistas justifica el control de contenido afirmando que el empleo de las condiciones generales supone el ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido de los contratos.⁸²

II.- Conclusión.

El Régimen Jurídico de la Adhesión a Condiciones Generales es garante para el adherente en el sentido que, lo protege y le brinda la posibilidad de poder recurrir al órgano jurisdiccional cuando su adhesión al contrato hay sido dada también a cláusulas abusivas, arrojando como resultado de su aplicación, la ineficacia de las dichas cláusulas como consecuencia como consecuencia de su abusividad.

Este régimen jurídico se traduce en el control de contenido y lo defino de la siguiente manera: “herramienta jurídica mediante la cual el juez declara la ineficacia de una cláusula abusiva como resultado de la valoración de dicha cláusula con el ordenamiento jurídico y la buena fe”. Es decir, el juez realiza este control a la luz del ordenamiento jurídico y la buena fe, hace un estudio de la situación descrita en la cláusula abusiva cotejándola con estos dos parámetros, si deviene un resultado perjudicial para el adherente, se declara la ineficacia de la cláusula abusiva.

El control de contenido forma parte de los elementos convincentes con que cuenta la justicia para poner un coto a las cláusulas que no brindan un equilibrio igualitario para ambas partes y sólo conllevan al abuso desmesurado dentro del ámbito contractual a la parte más débil. Es una herramienta que tiende a la seguridad jurídica de los contratantes y del tráfico negocial y mercantil. Por lo tanto, no debe abusarse de la libertad contractual otorgada para la confección de contratos, porque existen límites prefijados de antemano que deben ser respetados y tenidos en cuenta a la hora de contratar.

Capítulo IV

CUANDO UNA CLÁUSULA ES ABUSIVA

SUMARIO: Título I. I.- El criterio del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor. Título II. I.- Criterios generales y particulares para calificar la cláusula abusiva. II.- Cláusulas que desnaturalicen obligaciones. II.1- El significado de “desnaturalización”.II.2- La desnaturalización de la causa obligacional y el tipo integrador. II.3- Cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte. II.4- Los derechos. II.5- Su renuncia. II.6- El principio de la obtención del fin. II.7- El principio de la reciprocidad de trato. Naturaleza de las obligaciones. Título III. I. Cláusulas abusivas. I.1- Definiciones establecidas en el Derecho Comparado. II.- Conclusión

Título I

I.- Criterio del artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor

La ley de Defensa del Consumidor N° 24240, en su art. 37 establece:

Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes:

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación de contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor.

Cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

Quando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario.

Título II

I.- Criterios generales y particulares para calificar la cláusula abusiva.

A continuación puedo distinguir, en el mencionado art. 37, criterios generales y particulares para establecer cuando una cláusula es abusiva.

Pueden ser considerados criterios generales los que se refieren a:

- Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (Art. 37. a)
- Cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (Art. 37. b)

En cambio, son particulares las que aluden a:

- Cláusulas que limiten la responsabilidad por daños (Art. 37. a)
- Cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la prueba (Art. 37. c)

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

II.- Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones.

II.1.- *El significado de “desnaturalización”.*

¿Qué se quiere decir con “desnaturalización”? El sentido es el que se deriva de la opinión común, corriente, y supone que hay algo “natural” que se deforma en el caso; lo “natural” es usado en sentido de “normal”. 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 lo sea.

Si una cláusula se aparta 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 positivo.

II.2- *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.

Declara la ineficacia de cláusulas de limitación de la responsabilidad, la 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 las siguientes dos situaciones:

a) 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.

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

II.3- Cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Apreciada en su conjunto la enunciación del mencionado inciso alude a la causa, al equilibrio: no favorecer renuncias o ampliaciones de derechos que desequilibren el contrato, afectando la entrega del bien o servicio.

II.4- Los derechos.

En primer término 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 deudor. En realidad, la ley se refiere a las 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.

II.5- Su renuncia.

La sola renuncia no es per se causa de ineficacia. La lectura del inciso 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.

La renuncia se refiere a las cláusulas complementarias y no a las nucleares, ya que su pérdida no afectaría la contratación.

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 sólo la renuncia, sino el resultado al que ésta lleva lo que resulta abusivo.

Hay otras renunciaciones que se refieren a bienes extramatrimoniales. 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 puede 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.

II.6- *El principio de la obtención del fin.*

La mayoría de la doctrina ha estudiado el fenómeno de la frustración del negocio jurídico 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. En este caso debe intervenir el juez rectificando el negocio jurídico 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 articulada, ya que el problema es justamente que se mantiene inalterada. Se decide modificarla porque no se adecua al derecho imperativo vigente. Consecuentemente el negocio se rectifica, se desechan las cláusulas abusivas 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 por las partes al contratar.

En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración del negocio y por lo tanto que el consumidor no obtenga el bien o servicio. Por este motivo, la finalidad defensiva de la ley desarrolla una serie de instrumentos que permiten la obtención del propósito práctico que llevó al consumidor hacia la contratación.

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.

II.7- 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. Asimismo el artículo 26 de dicha 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.

Entonces, me podría preguntar ¿Cuál es el significado de “desnaturalización”? ¿Cuál es la “naturaleza” de la obligación?, ¿qué significa igualdad de trato? Y llego a la conclusión de 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. Aquí podría hablarse de una causa en sentido objetivo, aludiendo a la finalidad objetiva del negocio vinculada a la relación de equivalencia.

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

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 consumo.

Esta idea se vincula con la “desnaturalización de las obligaciones” a que se refiere el art. 37 inciso a. Este principio tiene dos consecuencias importantes: la primera es que el empresario debe aplicar al consumidor este criterio de reciprocidad, de equilibrio, de correspectividad, sino lo hace la obligación se “desnaturaliza”, pudiendo ser declarada ineficaz; la segunda se refiere a que el empresario puede aplicar algunas cláusulas de un modo legítimo, siempre que dé la misma oportunidad al consumidor, a modo de ejemplo puedo mencionar:

- La rescisión unilateral a favor del empresario es legítima si concede igual derecho al consumidor.

- 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.

- Es ineficaz 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.

Título III

I.- Cláusulas abusivas.

Puedo decir que el predisponente retiene el poder jurídico, consistente en configurar internamente el contrato sin que de ello participe el adherente, facilita y estimula la posibilidad de consolidar su posición contractual, y para ello - en ocasiones- valerse de cláusulas abusivas, también denominadas vejatorias, leoninas, gravosas, etc.

La existencia como regla general de las cláusulas de positivo beneficio para una sola de las partes –el estipulante- y correlativamente gravosas o vejatorias para la otra –el adherente- no es sino la consecuencia de la redacción unilateral y falta de discusión. La lucha contra las cláusulas vejatorias puede cumplirse en distintas fuentes:

1) el legislativo, incorporando a los códigos, o en los estatutos como el consumidor, o de las leyes especiales, prohibiciones sobre ciertas cláusulas o bien la sanción de ineficacia, cuando se hacen presentes en los contratos.

2) el administrativo, encargando a “comisiones especiales”, por lo normal mixtas, de consumidores y proveedores, con la presencia de representantes del Estado, del Poder Judicial, etc., el detectar áreas de negociación con fines sobre ellas o directamente vedarlas;

3) el judicial, faculta a la justicia institucionalizada para declarar su ineficacia, integrarse el contrato, etc.

Entre las más comunes citaremos: a) las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad; b) prorroga de jurisdicción; c) caducidad; d) compromisoria, etc.

Se ha definido a las cláusulas abusivas como aquellas que entrañen, en ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes siempre que lo sea en

contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero⁸³. En efecto, nos hallaremos frente a una cláusula abusiva cuando la misma contenga una ventaja en beneficio exclusivo del empresario y una desventaja en la esfera del interés del adherente, o cuando contiene un menoscabo que se instala exclusivamente en la posición contractual del consumidor o usuario, afirmando la posición dominante del predisponente.

I.1- Definiciones establecidas en el Derecho Comparado.

La ley francesa del 10 de enero de 1978, define a las cláusulas abusivas diciendo que son las que “aparecen impuestas a los que no profesionales o consumidores por un abuso de poder económico de la otra parte y le confieren a esta última una ventaja excesiva”.

También puedo mencionar que en el artículo 3 de la Directiva 93/13 CEE, encontramos la siguiente definición: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

El Código Civil de Québec de 1994 brinda una definición de cláusula abusiva en el artículo 1437, donde establece que “es abusiva toda cláusula que desventaja en forma excesiva e irrazonable al adherente y deja al juez el poder de anular o de reducir toda cláusula abusiva en los contratos de adhesión o en aquellos celebrados por un consumidor”.

La doctrina italiana, conforme su artículo 1341, segunda parte, requiere la específica aprobación por escrito, atendiendo a las graves consecuencias que de ellas pueden derivarse⁸⁴: para Dosseto, la aprobación puede revestir dos formas que estima acordes con el enunciado de la segunda parte del artículo 1341:

a) aprobación explícita, mediante una declaración encaminada directamente a poner de relieve el conocimiento de las CGC, y

b) aprobación implícita, a través de una referencia especial a las cláusulas incluidas en las CGC, bien por indicación numérica de ellas, bien por medio de un resumen de su contenido.

II.- **Conclusión:**

El artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24240 establece cuales son las cláusulas no convenidas en un contrato, pudiendo distinguir en dicho artículo criterios generales – cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y que importen renuncia o restricción de Derechos del consumidor o amplíen los Derechos de la otra parte- y particulares – cláusulas que limiten la responsabilidad por daños y que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba- para calificar a la cláusula como abusiva.

Otra cláusula que se tendrá como no pactada es aquella que importe renuncia o restricción de Derecho del consumidor o amplíe los Derechos de la otra parte. Con respecto a la renuncia de Derecho, no se trata de que el consumidor no puede renunciar a nada sino que no puede imponérsele renunciaciones para obtener ese bien o servicio, objeto del negocio jurídico.

Por todo lo expuesto considero que una cláusula es abusiva susceptible de declaración de ineficacia como consecuencia del control de contenido ejercido por el juez, cuando contiene una ventaja exclusiva a sola una de las partes contratantes cuando ésta ha redactado la cláusula unilateralmente, es decir, se describe una situación o hecho fáctico que necesariamente conlleva una desnaturalización de la obligación, un apartamiento injustificado del derecho Jurídico.

Asimismo cuando en el contrato hay cláusulas abusivas, el juez debe desecharlas y sustituirlas por otra que se adecue al Derecho imperativo vigente, manteniendo el propósito práctico, la finalidad subjetiva perseguida por las partes al contratar y preservando el contrato, permitiendo que el consumidor obtenga el bien o servicio requerido. En todos los casos se trata de evitar que el empresario confeccione el contrato de modo que la ineficacia de alguna cláusula haga caer el mismo.

Capítulo V

DERECHO COMPARADO

SUMARIO: Título I. I.- La Directiva 93/13 Comunidad Económica Europea (CEE) del derecho alemán. Título II. I.- Principios generales contenidos en la Directiva 93/13 CEE. II.- La situación legal inicial de tales cláusulas y su enjuiciamiento actual tras más de diez años de dinámica de la ley. III.- Conclusión.

Título I

I.- La Directiva 93/13 Comunidad Económica Europea (CEE) del Derecho Alemán.

La Comisión presentó el 24 de julio de 1990 un proyecto de directiva y el 5 de abril de 1993, el Consejo aprobó dentro del marco del Procedimiento de la cooperación con el Parlamento europeo, la Directiva 93/13 CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores⁸⁵.

En este texto se propone instaurar un sistema de protección al consumidor contra las cláusulas abusivas insertadas en los contratos concluidos con los profesionales, empresarios. Las discusiones relativas a una directiva comunitaria se remontan por lo menos al año 1975, fecha en la cual el Consejo hizo público el primer programa de la CEE para la protección e información de los consumidores. Hasta ese momento existía la mas grande disparidad entre las legislaciones nacionales de los estados miembros no sólo en cuanto al nivel de protección, sino también en cuanto a las nociones fundamentales que sostienen el edificio de protección.

La determinación del campo de aplicación tanto el subjetivo (consumidores/ cocontratantes; etc.) como el objetivo (cláusulas abusivas/ contratos de adhesión/ contratos no negociados, etc.) así como las modalidades de control (autoridad administrativa/ judicial/ control a priori/ control a posteriori; capacidad para actuar: de un solo particular/ capacidad para actuar las

asociaciones representativas, etc.) diferían considerablemente. Hechos que permiten comprender como el consumidor europeo podía perderse en este laberinto de textos jurídicos.

La ley alemana del 9 de diciembre de 1976, relativa a las condiciones negociales generales, revela una importancia considerable en la práctica alemana del derecho de los contratos, a tal extremo que ha llegado a ser calificada de “Código Civil bis”.

Sobre el fundamento de la buena fe contractual la ley alemana prohíbe las cláusulas que desventajan al contratante de manera irrazonable, especialmente reconociendo el principio general de la ley y la desnaturalización del contrato. La legislación alemana elaboró desde 1976 un modelo de control a posteriori de los contratos estándar adoptando una sistemática que las instancias comunitarias en lo esencial han retomado, al efectuar una reglamentación homogénea de las condiciones generales de los negocios utilizados en la contratación con los consumidores (Directiva 93/13).

El criterio elegido por las instancias comunitarias para calificar una cláusula como abusiva es la buena fe. El juego de este criterio no ha sido a priori evidentemente obtenido de ciertos órdenes jurídicos que no conocen el concepto y de otros que no utilizan de la misma manera que el legislador y el juez alemán. El criterio de apreciación del carácter abusivo de la cláusula aparece como la más grande diferencia entre los sistemas francés y alemán.

La ley francesa⁸⁶ de protección al consumidor no hace ninguna alusión a la buena fe, aun cuando este principio es más utilizado dentro del derecho francés que en derecho alemán, no es tampoco una noción desconocida y su adopción no puede causar dificultades a los juristas.

La Directiva 93/13 CEE descarta su aplicación a las cláusulas que hayan sido objeto de una negociación individual quedando así restringido su campo de aplicación únicamente a las cláusulas que no han sido; se insiste mucho sobre la falta de negociación individual, precisándose en el art. 3.2; lo que se entiende por “negociación individual”. *Art. 3.2: Se considerará que una*

cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

Para llegar a esta calificación, se hace hincapié en la facultad del consumidor para influenciar sobre el contenido del contrato. La ley alemana de 1976 prevé una restricción idéntica. Al comparar los dos textos, el comunitario y el alemán, puede observarse la presencia de una lista de cláusulas abusivas. Los autores alemanes han reconocido la necesidad de adaptación de ambas legislaciones; sobre todo se puntualiza en especial la divergencia que puede observarse en los campos de aplicación subjetivos de las dos reglamentaciones: La Directiva apunta a consumidores por oposición a los profesionales, mientras que la ley alemana no opera más que una distinción entre los comerciantes, por una parte, y los no comerciantes, por la otra.

Ambas legislaciones tienen fines muy diferentes: el derecho alemán sanciona, de una manera general, la explotación abusiva y unilateral por el estipulante de la autonomía contractual, mientras que la Directiva comunitaria basa su control sobre el ejercicio de una relación de fuerza entre los contratantes para proteger a la parte más débil, denominada consumidor.

Numerosos autores alegan que la ley alemana de 1976 ha dado suficientes pruebas de su calidad, pronunciándose por un simple retoque de la misma, que representa más que una simple ley, pues sobre su base toda la rama el Derecho que desenvuelve. Esta tesis se encuentra más favorecida por la Directiva comunitaria, que en su art. 8⁸⁷ autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que sean compatibles, con el fin de garantizar un alto nivel de protección a los consumidores. Por ello la Directiva no limita la competencia legislativa de los Estados miembros para establecer una protección del mismo tenor en provecho de otros individuos (no comerciantes), en la medida en que ellas no contravengan el derecho comunitario.

En el anteproyecto español de 1997, que tiene por finalidad trasponer la Directiva 93/13 CEE, se hace uso de esta facultad de incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que la Directiva impone, y se proyecta promulgar una ley de condiciones generales de la contratación con el fin de proteger “no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a los pequeños y medianos empresarios, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados generales de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia”⁸⁸.

Título II

II.- Principios generales contenidos en la Directiva 93/13 CEE.

La Directiva se limita a reglamentar las “cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores”, así se establece:

Art. 1: 1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

Art. 2: A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) cláusula abusiva: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el art. 3; b) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno profesional; c) “profesional”: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas

por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Se han descartado, también las cláusulas que “tienen por objeto una negociación individual”. Así:

Art. 3.2. Se considerará que una cláusula no se haya negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no hay podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá la carga de la prueba.

El criterio en que se basa es el hecho de que el consumidor tenga o no la posibilidad de influenciar sobre el contenido del contrato predispuesto.

Hay que realizar la distinción entre las cláusulas sometidas a negociación individual y las cláusulas estandarizadas ya que las mismas están organizadas en regímenes jurídicos diferentes: las primeras están sometidas a las legislaciones nacionales, en cambio las segundas en el dominio de esta Directiva.

Art. 4.1: Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una 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 concurran en su celebración, así como todas las cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los

servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

A pesar de estas diversas restricciones, la Directiva comunitaria conserva asimismo una vocación en general amplia, pues comprende las cláusulas incluidas en todos los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, y la restricción relativa a las cláusulas que hayan sido objeto de una negociación individual se encuentra balanceada por la práctica: los consumidores son los que más frecuentemente están imposibilitados de influir sobre el contenido del contrato.

La noción de cláusula abusiva está sujeta a una apreciación en concreto con el art. 4 en su primer parte, tomando en cuenta las circunstancias de conclusión del contrato para calificar la cláusula litigiosa abusiva. La elección de este criterio de apreciación se inscribe dentro del espíritu general de la Directiva, es decir, la protección del consumidor, parte más débil que no podrá ya temer de oponer el comportamiento-tipo del consumidor advertido.

En segundo lugar la Directiva trae un anexo una “lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas a las cuales los órganos nacionales de control pueden referirse para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

“Anexo Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3.

1. Cláusulas que tienen por objeto o por efecto:

a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional; b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último; c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad; d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el

consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie; e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato; g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves; h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo; i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo; k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar; l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercaderías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato; m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato; n) restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares; o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas; p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías, para el consumidor sin el consentimiento de éste; q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándose a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no encubierta por las disposiciones jurídicas, limitándose indebidamente

los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra contratante.

La Directiva insiste muy particularmente sobre el deber de información al consumidor y la transparencia del negocio. En la hipótesis donde el estipulante no satisfaga una cierta exigencia de claridad y de comprensión, se ha previsto que “la duda sobre el sentido de una cláusula aprovecha al consumidor”.

Art. 5: En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar dictadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco del apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

Este dispositivo supletorio deberá disuadir a los profesionales de redactar cláusulas ambiguas, de las que no podrán obtener ningún provecho. Por esta interpretación favorable al consumidor, la Directiva tiende a eliminar progresivamente las cláusulas abusivas.

Al precisar sobre las definiciones de las cláusulas abusivas o sobre sus efectos, la Directiva retoma su aspecto tradicional actuando sobre la organización de las modalidades de control de lo que surge la exposición de sus elementos fundamentales. Así, pide a los Estados miembros que establezcan “los medios adecuados y eficaces... con el fin cesar la utilización de las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores por un empresario” (art. 7.1)

Las asociaciones de protección de los consumidores son explícitamente investidas de poderes importantes, lo que corresponde a la evolución actual del derecho de la consumición, dentro de la UE. La CEE ha querido poner a los empresarios en guardia porque los recursos podrán ser dirigidos contra las “asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de tales cláusulas contractuales generales”. La mayor prudencia se impone, pues, en la redacción de las condiciones negociales generales, no solamente para el empresario sino también para las organizaciones que son

el origen de los contratos tipo. Los Estados miembros debieron adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, e informar, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, a la Comisión. Las disposiciones adoptadas se aplican a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.

Art. 7.1: Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

Art. 9: A más tardar, cinco años después e la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 10 , la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.

Art. 10.1: Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994. 2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación

oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. 3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

II.- La situación legal inicial de tales cláusulas y su enjuiciamiento actual tras más de diez años de dinámica propia de la ley.

En el texto legal, el enjuiciamiento de la validez de tales cláusulas debía realizarse por los jueces a partir de dos normas: el & 11.7 (similar e nuestro 10.1 c) 6º LDC) y la cláusula general de buena fe del & 9 (art. 10.1 c) LDC). De esta forma, ante una cláusula limitativa de la responsabilidad, el juez comprobará en primer lugar, si limita o excluye la responsabilidad del predisponente o de sus dependientes o representantes por daños causados al adherente interviniendo dolo o culpa grave. En caso negativo, sometería la cláusula, a continuación, al test de la buena fe recogido en la cláusula general.

Según la cláusula general, habrían de declararse ineficaces aquellas cláusulas limitativas de responsabilidad que perjudican de forma indebida al adherente, concretando este perjuicio al afirmar que, en la duda, deberá presumirse su existencia cuando la cláusula no fuera conciliable con los principios esenciales inspiradores de las normas del Derecho dispositivo que la cláusula modifica o cuando limitaran de tal forma derechos y obligaciones esenciales del adherente teniendo en cuenta la naturaleza del contrato se pusiera con ello en peligro la consecución de la finalidad del contrato.

Ante este tenor, parecía efectivamente que la ley se había limitado a legalizar los resultados alcanzados por la jurisprudencia⁸⁹ y que la ineficacia sólo podía declararse ante cláusulas incompatibles con el Derecho dispositivo.

Obsérvese, en efecto, a) que no bastaba con que la cláusula perjudicase al adherente, sino que debía perjudicarle indebidamente; b) que no bastaba con que la cláusula derogase cualquier

principio del Derecho positivo, sino que debía tratarse de un principio esencial; c) que no bastaba con que privase de derechos o se impusiesen obligaciones al adherente, sino que debía tratarse de obligaciones esenciales y d) que no bastaba con que se trate de derechos y obligaciones esenciales, sino que, además, como limitación o supresión de los primeros o la imposición de las segundas debían ser tal calibre que pusieran en peligro la finalidad económica del contrato.

Por si todas estas precauciones no eran suficientes, el legislador cerró el círculo de protección de la validez de las condiciones generales acogiendo la propuesta de un sector muy cualificado de la doctrina y en contra de otros autores y puso la carga de la argumentación sobre el que pretendiera la ineficacia de modo que en caso de non liquet el juez debería considerar válida la cláusula discutida. La razón, al parecer, no fue otra que evitar la inseguridad jurídica que una inversión de la carga de la argumentación provocaría en los ámbitos empresariales.

La situación actual muestra con claridad en que medida el control se ha hecho mucho más estricta, todas las precauciones del legislador para evitar a los empresarios la sensación de que sus condiciones generales “ya no valían” han saltado por los aires por efecto de la ley. De acuerdo con la interpretación contractualista de la cláusula general, sólo deberían declararse ineficaces aquellas exclusiones o limitaciones de la responsabilidad por dolo o culpa grave recogida en la lista de cláusulas prohibidas o aquéllas que fueran tan perjudiciales para los intereses legítimos de los adherentes como dichas exclusiones de responsabilidad⁹⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia ha ido por otros derroteros y no sólo ha declarado ineficaces exclusiones de responsabilidad por culpa leve, sino que ha considerado como esenciales para la finalidad del contrato obligaciones aparentemente accesorias; ha considerado como esenciales prácticamente todos los principios inspiradores de la regulación legal, prescindiendo del criterio de su mayor o menor contenido de justicia y ha llegado hasta el extremo de que se ha podido afirmar, con cierto afán provocador, que se ha dado la vuelta a la presunción de validez y que son necesarias razones muy especiales para que hoy pueda declararse válida como una limitación o exclusión de responsabilidad.

Dejando al margen posibles excesos judiciales, esta evolución correcta pone de manifiesto a nuestro juicio el verdadero sentido de la cláusula general. En lugar de permanecer como una norma de habilitación general a los jueces para declarar la nulidad de aquellas cláusulas de condiciones generales valorativamente similares a las previstas en la lista de cláusulas prohibidas pero no recogidas expresamente por ésta, se ha convertido en la norma que legitima a los jueces para efectuar un control de segundo grado mucho más estricto que el reflejado en dicha lista.

En otras palabras, y ateniéndonos al contenido de las condiciones generales, puede afirmarse que mientras en el momento de la promulgación de la ley (y con la concepción de la cláusula general contractualista) se pensaba que eran ineficaces las condiciones generales incompatibles con el Derecho dispositivo, hoy se declaran ineficaces todas aquellas cláusulas que no sean conformes con las normas y principios legales.

En cambio en la comprensión de la cláusula general ha sido recogido por la doctrina más reciente cuando reconoce que el sentido de la misma no es servir de límite el ejercicio unilateral del derecho a la configuración del contenido de los contratos o, más genéricamente, evitar los abusos de la libertad contractual por los predisponentes, sino un encargo del legislador a los tribunales para que desarrollen el Derecho de los contratos.

Como conclusión establecemos: las condiciones no pueden crear Derecho en el sentido que lo crea la autonomía privada o el legislador, es decir, su eficacia no es-ni puede ser- constitutiva sino meramente declarativa⁹¹ Su carácter vinculante para el adherente deriva de su contenido de forma que serán vinculantes aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales del Derecho.

La coherencia de esta propuesta con el ordenamiento deriva de que no necesita corromper el contrato ni alterar la teoría del Derecho⁹². Su coherencia con el régimen jurídico es clara si se admite la interpretación de la cláusula general de buena fe que aquí se ha expuesto: la eficacia

constitutiva de las condiciones generales ha de afirmarse cuando el control del contenido se limita a ser un control de los abusos de la libertad contractual o dicho de otra forma cuando la legislación de control se limita a declarar nulas las condiciones generales incompatibles con el Derecho porque ello supone reconocer a los predisponentes un espacio de libre actuación, pero no es necesario reconocer dicha eficacia cuando los predisponentes sólo pueden establecer válidamente en condiciones generales una regulación conforme con el Derecho, como se deduce de la interpretación de la cláusula general de buena fe.

El hecho de que en determinados supuestos existan varias configuraciones de una cláusula que resulten conformes con la buena fe y que, por lo tanto, sean todas ellas válidas de acuerdo con el art. 10 c) LDC se explica coherentemente por el cumplimiento, por parte del predisponente de los llamados requisitos de inclusión, es decir, desde la interpretación correcta del significado que cabe atribuir a la adhesión. La adhesión no constituye consentimiento sino, simplemente y de acuerdo con la significación objetiva que cabe atribuirle a la luz de la ley y la buena fe, autorización para formalizar reglas y principios legales.

Por lo tanto, podemos determinar que las cláusulas son válidas: a) en primer lugar, aquellas cuyo contenido resulte cubierto por la autonomía privada. Aunque en general las condiciones generales no están legitimadas por la autonomía privada, en ocasiones suelen recogerse en cláusulas prerredactadas los elementos esenciales del contrato. Tales cláusulas son cláusulas seleccionadas por el adherente y, por lo tanto, consentidas en sentido estricto.

Cuando tal ocurre, no estamos realmente ante condiciones generales ya que son cláusulas prerredactadas pero a las que falta el requisito de imposición. Cuando cláusulas prerredactadas que contienen los elementos esenciales del contrato no pueden afirmarse consentidas en sentido estricto, estamos a menudo ante cláusulas sorprendentes.

b) En segundo lugar, aquellas que recojan la regulación legal del contrato cuando se trate de un contrato regulado legalmente. El carácter vinculante procede de la ley, no de la adhesión.

c) En tercer lugar, aquellas cláusulas que recojan la configuración usual del contrato cuando se trate de un contrato atípico o de un contrato cuya regulación usual se haya apartado de la legal y haya datos en el contrato para pensar que las partes estaban pensando en la regulación usual.

Si las condiciones generales recogen la configuración usual del contrato, el carácter vinculante de dicha configuración no procede de las propias condiciones generales sino de los usos que incorporan, puesto que -a falta de declaración expresa- el que celebra un contrato de un tipo determinado se somete a su regulación usual.

d) En cuarto lugar, son válidas las cláusulas de condiciones generales que recojan la regulación conforme con, o derivada de la buena fe (es decir, de una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes) cuando se trate de un negocio de regulación legal o usual.

Por lo tanto, el fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en las fuentes ordinarias del Derecho, incluida la función complementadora de la jurisprudencia (art. 16 CC) se lleva a cabo, en la mayor parte de los casos a través de la aplicación del art. CC, como sede de las fuentes de integración contractual. Con esto no quiere decirse que las condiciones generales sean de fuente de integración del contrato *per se* sino que su contenido ha de venir formado por las normas que constituyen –ellas sí- las fuentes de integración del contrato.

Esta propuesta, lleva a declarar ineficaces, precisamente aquellas condiciones generales cuya fuente exclusiva de validez pretende descansar en la adhesión del cliente y a declarar válidas aquellas cuya fuente de validez descansa en las normas legales, consuetudinarias y derivadas de la buena fe. Al mismo tiempo esta propuesta garantiza los predisponentes la protección de sus intereses legítimos, los cuales se concentraban en la necesidad de estandarizar sus relaciones contractuales y en la seguridad jurídica. Ambos intereses resultan protegidos en la medida en que los mismos no dependen del contenido de la regulación sino del hecho mismo de la estandarización.

III.- Conclusión:

Concluyendo el tema, puedo observar que la Directiva 93/13 CEE persigue una protección de carácter supranacional, utilizando el principio de Buena Fe para calificar a una cláusula como abusiva. Asimismo el objetivo de la presente Directiva es aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas de los Estados miembros, que se aplica a todas las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, con independencia de que se trate o no de contratos de adhesión celebrados conforme a condiciones negociales generales, siempre que esas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente y en su caso el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociada individualmente asumirá la carga de la prueba.

La mencionada Directiva basa su control sobre el ejercicio de una relación de fuerza entre los contratantes para proteger a la parte más débil – consumidor- e insiste sobre el deber de información al consumidor y de garantizar la transparencia del negocio.

También establece el propósito de la Directiva, en su artículo 1 y califica el término “consumidor” y “profesional”, incorporando un anexo en donde fija una lista indicativa de las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Aplicándose la presente Directiva a todos los contratos celebrados después del 31 de Diciembre de 1994.

Capítulo VI

CONTRATOS CON CLAUSULAS ABUSIVAS

SUMARIO: Título I. I.- El contrato de medicina prepaga y contratos de servicios públicos.- Cláusulas abusivas. III.- El contrato de Medicina prepaga. III.1- El derecho a la salud como parte integrante de los derechos esenciales. III.2- La base contractual mediante la estructura por adhesión. Título II. I.- Distintos supuestos de cláusulas abusivas de corriente incorporación. a) cláusulas que establecen las exclusiones a la cobertura. b) cláusulas respecto a la preexistencia de enfermedades. c) cláusulas que como acto unilateral de la empresa reservan la limitación o exclusión para el futuro. d) rescisión unilateral del contrato con plazo de duración predeterminedada. II.- Conclusión. Título III. I.- Contratos de servicios públicos domiciliarios. Título IV. I.- Cláusulas abusivas y la ley 24240 de Defensa del Consumidor. Título V. I.- Las cláusulas abusivas en los contratos de los servicios públicos domiciliarios. II.- Conclusión

Título I

I.- El contrato de medicina prepaga y contratos de servicios públicos: Cláusulas Abusivas.

En este capítulo voy a analizar dos contratos por adhesión en concreto y muy importantes, por un lado, el de medicina prepaga, y por el otro, los contratos de servicios públicos domiciliarios. Es importante porque a medida que avance el análisis, con características específicas de cada uno, puedo ir dilucidando en la práctica cuando una cláusula es abusiva.

Toda la teoría que he desarrollado, en el presente trabajo, es para poder apreciar claramente cuando una cláusula abusiva, y por consiguiente, reconocerla cuando está plasmada en un contrato. Debida a la basta información y análisis jurisprudencial en cantidad, he decidido estudiar estos dos contratos ya que los consideraré interesantes, los cuales nos brindan información valiosa y criterios firmes conforme su contenido e interpretación.

II.- El contrato de medicina prepaga.

II.1- *El derecho a la salud como parte de los derechos esenciales.*

La atención de la salud es considerada un derecho humano básico del hombre, constituyendo sin duda uno de los temas prioritarios en nuestra sociedad contemporánea e indiscutiblemente una de las funciones esenciales e indelegables del Estado, que justifica su propia existencia.

En el orden constitucional, a partir de la introducción del art. 14 bis cuando dice que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y la Reforma de 1994, que expresa en su art. 42 que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tendrán derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud”, priorizando este derecho.

El hospital público, se ve hoy afectado por una gran crisis, reflejando índices reveladores del sub-desarrollo, afectando sobre todo la franja poblacional de más bajos recursos. Por otro lado, las sucesivas políticas de gobierno y fundamentalmente a partir de la desregulación de las actividades que el estado debe prestar en el plano social, han determinado la transferencia de los servicios públicos a empresas privadas de salud.

Las obras sociales afrontan también una grave crisis que resiente y colisiona con los propios objetivos enunciados en la propia ley (Nº 23.660) y reconocida por el más alto tribunal en cuanto a la admisión de un nivel de calidad en las prestaciones a la que sus beneficiarios tienen derecho a acceder⁹³.

Esta desatención del Estado en la salud pública, lleva a que el individuo busque protección en empresas privadas, y las condiciones de contratación, sea cual fuera la empresa que se elija van a ser en esencia similares, es decir que falta un adecuado marco de regulación legal que permita garantizar calidad e integridad en los servicios.

El usuario no dispone de instrumentos legales y específicos⁹⁴, salvo la Ley de Defensa del Consumidor, la que resulta insuficiente para atender la difícil problemática que se presenta. La falta de un marco regulatorio apropiado y de control, llevan a que el usuario se encuentre expuesto a la vulnerabilidad de sus derechos, frente al fuerte poder económico y organizativo que poseen estas empresas privadas que lucran con tal actividad priorizando el beneficio individual de las mismas, llevándonos a una medicina privada estandarizada y de poco compromiso social, más que como preocupación por la salud de la comunidad⁹⁵.

El modelo de estas empresas es de contratación por adhesión, que se convierte en un instrumento peligroso, sujetándolo a condiciones abusivas que facilitan al empresario liberarse fácilmente de sus obligaciones y trasladar riesgos.

II.2- *La base contractual mediante la estructura por adhesión.*

La prestación de estos servicios queda encuadrada dentro de la estructura del contrato por adhesión, cuya nota tipificante es la desigual posición de los contratantes, que responde a una imposición unilateral de la voluntad de una de las partes sobre la otra. Aparece una parte económicamente fuerte en la contratación que se puede imponer a la otra que carece de poder de negociación, caracterizado por un marcado desnivel negocial que se manifiesta desde la génesis misma del contrato que se proyecta durante todo el desarrollo de la relación jurídica.

Estas empresas manejan el mercado sin un marco legal propicio, lo cual le concede un poder negocial de imposición, que resulta difícil de poder equilibrar. De allí entonces que el usuario sienta una minusvalía al enfrentar la conformación del negocio jurídico, pues su falta de poder económico lo convierte en presa fácil de la empresa que le impone el contenido.

Asimismo puedo mencionar otros factores que contribuyen a acentuar el desequilibrio de potencialidades con los consumidores: la influencia de la publicidad, muchas veces engañosa, que

promete determinada cobertura que luego difiere de la realidad y se descubre sólo en la inminencia de la prestación, la falta de información necesaria para que pueda determinar los verdaderos alcances de la relación contractual, la incorporación de cláusulas abusivas, etc.

Esta estructura contractual de adhesión requiere entonces de un tratamiento diferente, en este sentido uno de los pilares es la reforma del Código Civil del año 1968 que ha morigerado ese rigorismo contractual mediante la introducción de normas tales como la buena fe (art. 1198), el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071), la teoría de la imprevisión (art. 1198), la lesión subjetiva (art. 954), etc.; constituyendo herramientas de fundamental importancia en la revisión judicial de los negocios jurídicos y tornarlos más equitativos.

La ley 24240 de defensa de los consumidores ha implicado un avance en algunos aspectos de la contratación tendiente a restablecer la igualdad y desequilibrio en el poder contractual, al legislarse en lo inherente a los contratos de contenido predispuesto, estableciendo límites al poder normativo de las partes, la nulidad de las cláusulas abusivas, la interpretación más favorable para el consumidor, reconocimiento de la integración publicitaria del contrato, el deber de información, etc.

Título II

I.- Distintos supuestos de cláusulas abusivas de corriente incorporación.

Cuando el usuario ingresa al sistema, suscribe lo que se denomina “solicitud de ingreso”, donde, entre otras cláusulas, manifiesta conocer y aceptar el reglamento de la empresa, (que es recién entregado en la etapa funcional del contrato, con posterioridad a su incorporación al sistema) donde se establecen los derechos y obligaciones de las partes, responsabilidades, coberturas, carencias, exclusiones, etc., los que en la práctica suscitan serios conflictos.

a) Cláusulas que establecen exclusiones a la cobertura.

Generalmente, en los reglamentos de las empresas se establecen algunos supuestos particulares de exclusión (enfermedades crónicas o infectocontagiosas, tentativas de suicidio, etc.), las que deben ser apreciadas con sumo cuidado y prudencia. Pueden presentarse múltiples situaciones que generen conflictos en cuanto a como interpretar el alcance de la cobertura. Muchas veces suele suceder que la empresa anuncie que prestará cobertura integral en relación a alguna enfermedad en particular (compromiso que va acompañado por una importante actividad publicitaria), estas declaraciones pueden colisionar con el contenido del reglamento, mediante la introducción de limitaciones referidas a ese tratamiento que se le suministrará (internaciones limitadas a un breve período de tiempo incompatible con el tratamiento de esa dolencia, etc.)

Como consecuencia, esos anuncios publicitarios constituyen un acto propio que el empresario no puede contradecir mediante una conducta incompatible con otra anterior, sustituyéndola por una prestación asistencial diferente a la publicitaria, frustrando las legítimas expectativas del contratante. La interpretación del alcance de la cobertura, debe ser aquella que preserve el principio de equivalencia y de integridad de la prestación asistencial.

Actualmente contamos con varios precedentes jurisprudenciales donde las coberturas son interpretadas bajo el principio de la integridad del cumplimiento de la prestación, poniéndose de relieve que la compleja gama de obligaciones que la empresa asume, están presididas por una principal, que es conseguir la salud del paciente o acercarlo cuanto más sea posible a ese estado ideal, y en ese propósito debe realizar aquellos pasos que conduzcan al más adecuado tratamiento, agotando las medidas y los cuidados que importen disminuir los riesgos, priorizando los derechos de los pacientes⁹⁶.

b) Cláusulas respecto de la preexistencia de enfermedades.

Se trata de una exclusión a la cobertura para los casos de enfermedades crónicas, tratamientos de afecciones quirúrgicas o preexistentes al ingreso del paciente al sistema: “La

empresa no se hace cargo de los gastos originados por la asistencia o internación en caso de enfermedades preexistentes, definidas como aquellas que el asociado padeciera al momento de su ingreso, tuviera o no conocimiento de ellas, las haya o no declarado, y patología secuelar, definida como aquella que es consecuencia de tratamientos médicos de cualquier tipo que el asociado hubiera recibido con anterioridad a su ingreso”.

El problema que se presenta refiere al concepto mismo de enfermedad preexistente, es decir cuando una dolencia puede reputarse como de existencia anterior al ingreso del socio a la empresa de medicina privada. Algunos fallos ya han dado cuenta de la dificultad apuntada, dada la multiplicidad de causas que puede reconocer una enfermedad, o por el tiempo de evolución que una misma enfermedad puede tener en uno u otro organismo.

Así por ejemplo, el caso de un paciente que presenta una inflamación vesicular aguda, (la empresa prepaga aducía que aproximadamente en el 90% de los casos proviene de una litiasis vesicular –cálculos-, situación que reputaba como existente y por lo tanto excluida de la cobertura médica), donde se dijo “que dicha dolencia puede ser producida por múltiples causas y que aun se aceptara que pueda ser ese su origen, tampoco puede inferirse de ello que la existencia de cálculos sea anterior a su ingreso ya que éste puede formarse en tres meses y aun en menos tiempo⁹⁷”.

c) Cláusulas que como acto unilateral de la empresa reservan la limitación o exclusión para el futuro.

Mediante la vía de la modificación unilateral de los reglamentos por parte de la empresa, puede suceder también que se disponga la alteración o supresión durante la vida del contrato, de coberturas o beneficios de las distintas prestaciones médicas⁹⁸. Cláusulas de esta naturaleza resultan absolutamente ineficaces por cuanto afectan la integridad del cumplimiento de la prestación. Las obligaciones que la empresa asume contractualmente, no pueden ser suprimidas o alteradas total o parcialmente en forma arbitraria, debiendo cumplir con aquellas prestaciones y del mismo modo en

que se ha comprometido, salvo que se modifiquen aspectos no esenciales en la prestación del servicio⁹⁹.

En el caso de pactarse una de estas cláusulas, la misma es abusiva ya que el predisponente, la impone en su propio beneficio, siendo de aplicación una vez más los principios establecidos en la ley de Defensa de Consumidor y en especial el art. 37 inc a), sin perjuicio del principio de buena fe, moral y buenas costumbres que veda el ejercicio abusivo de las prerrogativas que nacen de los contratos.

d) Rescisión unilateral en los contratos sin plazo de duración.

Según la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en la contratación por adhesión no es aplicable la discutida doctrina de la Corte según la cual “el hecho de no haber pactado las partes un plazo de duración, la posibilidad de renuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no es abusiva, cuando dicha facultad fue expresamente prevista por los contratantes¹⁰⁰”.

El hecho de encontrarse inserta en contratos prerredactados unilateralmente por quien detenta el poder jurídico-económico del contrato, convierte a la cláusula en abusiva e inválida, pues se estaría desnaturalizando la finalidad de brindar servicio médico. De manera tal que la ruptura unilateral e incausada resultan en principio inválidas, y salvo que medien causales suficientes que justifiquen la extinción del contrato, el ente organizador continúa obligándose en el tiempo a la prestación comprometida. Admitir lo contrario, implicaría la facultad de cumplir o no el contrato, y dejarlo librado por completo a la voluntad de una de las partes, asimilable a una obligación asumida bajo una condición puramente potestativa.

e) Rescisión unilateral del contrato con plazo de duración determinada.

Esta modalidad consiste en la contratación por tiempo determinado, generalmente fijado en doce (12) meses y renovable automáticamente por un período de igual duración, salvo que

alguna de las partes manifieste su decisión de no renovarlo. Este mecanismo facilitará al empresario, en función de la edad del usuario, enfermedades, etc., evaluar el riesgo que asume mantenerlo o excluirlo del sistema.

Entendemos que en un contrato por tiempo limitado que prevea renovaciones sucesivas, la mera expiración del término no pondría fin a la relación contractual, salvo que la empresa acredite la existencia de razones justificativas tendientes a demostrar que esa modalidad encuentra un adecuado fundamento que permite encuadrarlo como un contrato a plazo fijo.

II.- Conclusión:

El Derecho a la salud, es un derecho del hombre y una función esencial e indelegable del Estado, pero al estar afectado por una gran crisis económico – social, han determinado la transferencia de los servicios públicos a empresas privadas de salud mediante la contratación por adhesión que se convierte en un instrumento peligroso ya que le concede un poder negocial de imposición a estas empresas donde establecen cláusulas abusivas como la exclusión a la cobertura, donde las mismas no respetan el principio de equivalencia y de integridad de las prestaciones.

Asimismo otras cláusulas abusivas son: cuando la empresa no se hace cargo de los gastos originados en los casos de una enfermedad preexistente o establezca la rescisión unilateral de los contratos con o sin plazo de duración o la cláusula que reserve a la empresa la limitación o exclusión de algún paciente en el futuro. Si bien no hay un marco regulatorio específico sobre el tema, contamos con la ley de Defensa del Consumidor y numerosos fallos que paso a comentar en el capítulo XV del presente trabajo.

Título III

I.- Contratos de servicios públicos domiciliarios.

Por un principio básico macroeconómico el sistema capitalista considera imprescindible maximizar constantemente la tasa de beneficio como condición sine qua non para garantizar la supervivencia de dicho sistema económico. Ello deriva en un estado de tensión constante entre los intereses de las empresas y de los consumidores.

Pero las mejores aspiraciones de los consumidores chocan contra la nueva realidad irrefutable de las nuevas formas de contratación, superada ya la tradicional modalidad de negociaciones individual que fuera establecida por nuestro Código Civil. A medida que fue variando hacia la masificación la forma de producción y comercialización de bienes y servicios, fue estandarizándose la forma de contratación y progresivamente instalándose esta nueva modalidad, ahora imperante en todos los ámbitos contractuales, que se materializa a través de los contratos por adhesión.

Aquí se asegura la preponderancia de la parte más fuerte con la inclusión de cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión. Esta situación de abuso por parte de las empresas y de sumisión por el contratante individual se agrava en los casos en que no funciona bien la ley del mercado ni las de la libre competencia. Este es el caso de las prestaciones de los servicios públicos domiciliarios argentinos los que, a partir de la privatización uisadministrativa realizada por el Estado Nacional durante la última década, tienen carácter monopólico o cuasi monopólico.

Título IV

I.- Cláusulas abusivas y la ley 24240 de Defensa del Consumidor.

Las llamadas cláusulas económicamente abusivas, leoninas o vejatorias son las que provocan “un desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocas, desquiciando injustificadamente el sinalagma, alterando el principio de equivalencia funcional de las prestaciones. El vínculo obligacional queda desnaturalizado al derogarse derechos que emanan de normas supletorias¹⁰¹”.

Se distinguen dos tipos de cláusula abusiva en razón del tiempo que opera su abusividad:

a) la cláusula abusiva ab initio o directa que es aquella que, por ejemplo, desde su formulación no otorga tratamiento igualitario a los co-contratantes frente al caso de incumplimiento de uno de ellos. Para ser más claros, ellas las constituyen los porcentajes de intereses establecidos en los contratos de ahorro previo que cuantifican el incumplimiento del consumidor pero que no tienen un correlato para el caso de incumplimiento de la empresa automotriz o de la concesionaria;

b) la cláusula abusiva indirecta que es aquella que en la formación del contrato aparece como justa y equitativa pero que deviene abusiva al momento de su ejercicio; un ejemplo de este tipo de cláusula lo constituye la posibilidad de rescisión unilateral otorgada a ambos contratantes por igual en los contratos de medicina prepaga.

Título V

I.- Las cláusulas abusivas en los contratos de los servicios públicos domiciliarios.

El hecho de que los servicios públicos se presten monopolizados o cuasi monopolizados, configura una modalidad de prestación que no ofrece posibilidades de competencia, crea un campo propicio para que proliferen las cláusulas abusivas.

A esta situación debemos sumarle el hecho de que los reglamentos básicos que rigen las relaciones de las partes contratantes, han sido creados por consenso entre las empresas privadas de cada servicio. Estas unidades administrativas de control –los entes reguladores- tienen como función específica fiscalizar la prestación de los servicios especialmente respecto de su calidad y eficacia, y cuidar que las prestatarias cumplan con las obligaciones a su cargo asumidas en los contratos, garantizando, simultáneamente, los derechos de los usuarios.

El art. 38 de la ley 24240 establece la responsabilidad objetiva por omisión de la autoridad de aplicación que, teniendo la expresa función de vigilar que en los contratos de adhesión o similares que constituyen el marco regulatorio de las relaciones entre prestatarias y usuarios no se incluyan cláusulas abusivas, no lo hacen.

Las cláusulas abusivas más comunes incluidas en los reglamentos básicos de los servicios públicos domiciliarios son: las que limitan la responsabilidad de las prestaciones, el traslado de los riesgos al consumidor con su consecuente asunción de responsabilidades, prórroga de la competencia territorial haciendo más oneroso para el consumidor el litigio, la inversión de la carga de la prueba, renuncia del usuario a su derecho de apelación, a invocar teoría de la imprevisión, elevados intereses por mora del consumidor, etc.

Como ejemplo de cláusula abusiva incluida en el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (RGCSBT) encontramos el art. 57: “El cliente tiene derecho a que el prestador le exhiba la información sobre la que está basada su facturación. En cualquier momento tendrá derecho a *requerir a su costo* una verificación del correcto funcionamiento del sistema de tasación correspondiente a su servicio. El costo de verificación será fijado por la autoridad de aplicación, la que dispondrá de un equipo de técnicos autorizados para los casos que los requiera.

De comprobarse el mal funcionamiento del medidor el costo de verificación correrá por cuenta del prestador”. Dicha disposición trata de desalentar a los usuarios que se sienten defraudados por la empresa la idea de hacer valer sus derechos, imponiéndoles cargos extras y la inversión de la carga de la prueba que, en el caso de los servicios públicos de alta tecnología suele ser diabólica para el usuario común y no así para la prestadora que cuenta con la tecnificación necesaria y suficiente para llevarla a cabo. Otro motivo a tener en cuenta es que, muchas veces, los intereses en juego son pequeños y no se justifica desde el punto de vista económico, promover la correspondiente acción judicial, sobre si tenemos en cuenta que no contamos con un procedimiento ágil y tribunales de menor cuantía, como los que existen en otros países latinoamericanos.

En el artículo 16 del RGCBST también encontramos una estipulación abusiva al establecer que: “Cuando un cliente sea titular de más de un servicio en un mismo domicilio, y resulte pasible de la suspensión prevista en el artículo 11 (nota) o de la baja establecida en el artículo 12 (nota) respecto de alguno de ellos, el prestador podrá: ... b) intimar por medio fehaciente, al pago de los montos adeudados por el servicio impago, bajo apercibimiento de proceder, transcurridos sesenta días corridos contados desde la fecha de vencimiento de la primera factura impaga, *no solo a dar de baja definitiva al servicio en mora, sino también a suspender los restantes, aun cuando estuviesen pagos*”.

II.- **Conclusión:**

Generalmente los Servicios Públicos domiciliarios están monopolizados, no ofreciendo competencia en el mercado y creando la contratación por adhesión con cláusulas abusivas. Pero dentro de este marco están los entes reguladores que deben fiscalizar la prestación del servicio y de cuidar que las empresas cumplan con las obligaciones, garantizando los derechos de los usuarios, atendiendo a lo establecido por los Reglamentos básicos dictados para cada servicio.

Capítulo VII

Jurisprudencia

SUMARIO: Título. I.- Medicina Prepaga. Cláusulas abusivas y tratamiento “Gift”. Título II. I.- Servicios Domiciliarios. A) Competencia Federal, Civil y Comercial B) Exceso de facturación C) Sobrefacturación. II.- Conclusión Final.

En este capítulo veremos distintos fallos donde se plasmó judicialmente la abusividad del clausulado de los contratos por adhesión de medicina prepaga y de servicios domiciliarios.

Título I

I.- Medicina prepaga. Cláusulas abusivas y tratamiento “Gift”

I. La empresa de cobertura médica no puede negarse a pagar el tratamiento de fecundación asistida denominado “Gift” argumentando que está excluido de la cobertura por tratarse de un trasplante e implantación de células.

II. Las condiciones negociales generales son un recurso técnico que no puede transgredir el mandato de la buena fe y deben ser revisados cuando, a través de ellas, una de las partes se procura una situación de privilegio en caso de litigio.

III. En las condiciones negociales generales el destinatario debe comprender su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.

IV. La referencia a las tasas que emplea el Banco de la Nación no se limita al monto de los intereses, sino que comprende también la modalidad con que el cálculo se realiza, ya que de lo contrario quedaría desvirtuada la sustancia del sistema establecido.

V. Cuando el magistrado se remite a tasas de corto plazo, será fatal la liquidación del fruto con su capitalización, con la secuencia temporal utilizada por la entidad bancaria al emplear esta tasa en sus operaciones corrientes.

VI. En materia contractual el daño moral no se presume y quien lo invoca debe probarlo.

El vocablo moral no se refiere a un aspecto ético o deontológico, sino a un daño que se opone al material o patrimonial.

VII. Las costas deben ser impuestas en su totalidad al accionado aunque la demanda no progrese por todos los importes reclamados, porque el demandado, con su incumplimiento, dio origen al reclamo judicial y una vez producido éste negó la existencia misma de la obligación.

CNac. Com, Sala B, 15/04/93; “Odrioloza Belén, Pedro A. y otro c. Optar S.A.”. JA, 25/05/94.

2 Instancia: - Buenos Aires, abril 15 de 1993- ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La Dra. Piaggi dijo: I. Los actores, luego de someterse a una técnica “Gift” cuyos resultados fueron infructuosos, inician demanda contra Optar SA por los gastos ocasionados por el tratamiento y el daño moral originado por la denegación de su pago. La defendida rechazó la pretensión, alegando que este tratamiento estaba excluido de la cobertura contratada por los accionantes.

II. El fallo condenó a la defendida al pago de cierta suma de dinero actualizada según IPMNG (Indec) desde mayo de 1988 hasta el 31/03/91, con más un interés del 6% anual, a partir del 1/4/91 hasta el efectivo pago, se devengaría la tasa de interés activa pagada por el BNA, siempre que no superara la inflación del período, con más un interés puro del 6% anual. La sentencia de grado analiza -a mi entender- debidamente los principales elementos necesarios para concluir con sólidos fundamentos en la inclusión del tratamiento en la cobertura médica.

Ello así, e independientemente de que debamos reiterar aquella buena doctrina de la Corte Nacional que expone que el juzgador no está obligado a evaluar todas las pruebas y argumentos de las partes, sino solo aquellos que considera apropiados para la solución del pleito; agrego que el juez entendió no probada la imposibilidad de procreación de los actores al tiempo del contrato, estimando que si la demandada quiso restringir los tratamientos sobre esterilidad y/o inseminación artificial debió expresarlo específicamente.

III. Ambas partes impugnaron la decisión mediante los recursos interpuestos a fs. 338 y 339; libremente concedidos a fs. 338 vta. Y 339 vta. La accionada fundó sus agravios a fs. 356/358 vta. y la actora a fs. 362/365; fueron contestados a fs. 370/372 y 367/369 respectivamente. La presidencia de esta sala dictó la providencia de “autos para sentencia” el 22/12/92 y sorteada la causa el 12/2/93, el Tribunal se encuentra habilitado para resolver. Por una simple razón de método comenzaré por el análisis de las críticas vertidas por la accionada, toda vez que de su naturaleza dependerá la consideración de las expuestas por su contraria.

IV. Esta alzada debe resolver si las limitaciones de la cobertura médica a la que adhirieron los actores, incluyen –o no- al “Gift”. Adujo la defensa que el aquo excluyó arbitrariamente el informe de la Academia Argentina de Letras, para la que “transferir” es identificable con “trasplantar”, postula la interpretación literal del contrato por cuanto sostiene que si el trasplante de células fue expresamente excluido por el contrato, el “Gift” también lo está, en tanto esta técnica

implica la transferencia o trasplante de gametas, que no son otra cosa que células germinales (espermatozoides).

V. El tenor de esta queja lleva a confrontarla con las conclusiones de los expertos opinantes en la causa.

a) El Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción sostuvo que esta técnica de fertilización asistida, consiste en la unión de óvulos y espermatozoides -previamente acondicionados- dentro de un catéter que se introduce en las trompas de Falopio. Ello así, la inyección e implantación de gametas serían sinónimos.

b) Para la Sociedad Argentina de esterilidad y fertilidad, el método “Gift” no es una implantación ni un trasplante, puesto que cuando en esos procedimientos se trata de fijar el órgano o células en la vía sanguínea del receptor, el “Gift” es una transferencia de células vivas al órgano de fecundación que es trompa

c) Según el CER el “Gift” no es un implante ni una implantación, porque las gametas introducidas en las trompas de Falopio –si se logra la fertilización- se convierten en uno o varios embriones que migran espontáneamente por la trompa hasta la cavidad uterina donde se anida o anidan en el endometrio.

d) La facultad de medicina explica que el método concluye con la introducción en la luz tubaria de una adecuada mezcla de espermatozoides y ovocitos, de modo que cabe esperar que ocurra en el medio tubario de fertilización, desde allí y tras su migración a la cavidad uterina, la implantación del huevo. No es ni un trasplante ni un implante.

e) En las observaciones formuladas al informante anterior allegadas por el letrado de la defensa, el técnico expresó a f. 282 que no está en condiciones de establecer cuál término semántico resulta más apropiado para definir el “Gift”. Agrega, que tal procedimiento supone transferir, colocar, trasplantar células germinales que se preparan con recursos sofisticados obtenidos del

varón y células femeninas extraídas por la punción de ovario en el momento preciso de la maduración.

f) La perito informante a fs. 295/302 vta. Defina el “Gift” en los términos de su autor: transferencia de gametos, al ser los gametos células, se trataría de una transferencia de células.

g) Según la Academia Argentina de letras “implantar” significa fijar, insertar o injertar un tejido u órgano en otro y “transplantar”, insertar en un cuerpo humano o de un animal u órgano sano o parte de él, procedentes de un individuo de la misma o diferente especie para sustituir un órgano enfermo o parte de él. En las definiciones no se menciona la naturaleza del órgano o tejido que debe ser incorporado al cuerpo del receptor y la diferencia entre “trasplante” e “implante”, radicaría en el carácter orgánico o no del elemento que debe injertarse.

VI. Del detalle efectuado creo que debe concluirse en la confirmación del decisorio apelado; pues hay coincidencia en que el método en cuestión es una “transferencia” y, la mayoría de los expertos niegan que se trate de una “implantación”. Empero si bien toda sinonimia es relativa, no puede la defendida alegar la exclusión de la prestación en base a una cláusula –que ella misma redactó- utilizando imprecisos. El inc. 5 de las “limitaciones del plan” es ambiguo en su contenido y conduce en el caso a un abuso de la libertad contractual. La defensa de la demandada sólo sería operativa –tal como señaló el primer sentenciante- si hubiera excluido expresamente los tratamientos de inseminación o esterilidad en las limitaciones al plan, en cumplimiento del principio de que la puesta en conocimiento pesa sobre el estipulante.

En la interpretación de los contratos con cláusulas seriadas, rige el principio contra proferentem, directiva válida en nuestro derecho a partir de lo dispuesto por los arts. 953, 1071, 1198 Cód. Civil y art. 218 inc. 3 CCom y, si bien la utilización de cláusulas oscuras, ambiguas o de casuismo exagerado, no es una particularidad de las condiciones negociales generales, en tal marco existe el peligro de la sinergia de efectos.

Las GNG son un recurso técnico que no puede transgredir el mandato de la buena fe y deben ser revisadas cuando, a través de ellas, una de las partes se procura una situación de privilegio en caso de litigio. Los actores en este caso no aparecen como informados debidamente de la restricción impuesta por el estipulante, tal como lo demuestran las diferentes interpretaciones reseñadas en V). En las CNG el destinatario debe comprender su significado utilizando esfuerzos comunes con extensión proporcionada al alcance del negocio; sobre todo si se tiene en cuenta que establecer en cada caso el significado de una cláusula –no presupone- conocer cierto know how que el común de la gente no posee.

El principio de confianza, idea directriz de notable valor interpretativo jurisprudencial, lleva a fijar la admisión y el contenido de un efecto jurídico negocial según lo que una persona pudo y debió aprehender de acuerdo a las circunstancias; pues quien se adhiere no eligió el contenido material de su declaración, que fue previamente prefijado por el estipulante. Votaré por la confirmación del fallo en este aspecto.

VII. La segunda queja de esta parte critica la tasa activa fijada por el juzgador, por contradecir lo resuelto por la Corte Suprema en fallos recientes. Atribuye el fallo haber ordenado un anatocismo prohibido por el art. 623 Cód. Civil. Memoro que si bien las sentencias de la Corte Suprema no son legalmente obligatorias para los tribunales inferiores fuera de las causas en las que se dictan, la jurisprudencia citada por el quejoso, es sostenida por ese tribunal desde el 9/3/92, in re “Martín, Omar D. c. Ruta Coop. De Seguros” y la prevista en el decreto 2289/92; por lo que la queja deviene procedente. No está de más puntualizar que la tasa activa contiene gastos de mantenimiento de cartera, gestión por deudores morosos, costo del encaje bancario, etc, los cuales obviamente no son soportados por los particulares. Repárese que si el deudor se vio obligado de recurrir a un préstamo bancario para paliar el efecto de la mora debió demostrarlo en cuyo caso será indemnizado por tratarse de una consecuencia mediata. Sobre la tasa de interés a aplicar, volveré en el apartado VII de mi voto.

VIII. Aprecio en el contenido de la crítica actora cuatro líneas argumentales que analizaré seguidamente: 1) no se fijó un monto por intereses moratorios; 2) se limitó el curso de los intereses compensatorios a la inflación operada; 3) se denegó el daño moral y 4) se condenó a la accionante a solventar el 20% de las costas del juicio.

Como es sabido, atendiendo a su origen, los intereses pueden ser, voluntarios o legales, según nazcan de una convención o fueran establecidos por la ley, independientemente de la voluntad de las partes en el contrato. Los primeros podrán acordarse con el carácter de lucrativos “compensatorios” o punitivos “moratorios”, son frutos civiles del capital y tiene el alcance del art. 621 del Cód. Civil. Los segundos resultan de la ley (art. 622 C. Civil) De su lado, el art. 1 decreto 2289/92 del 2/12/92, dispone que “... los intereses moratorios que correspondan por los pagos que se hubieren realizado o que se realicen fuera de término a partir del 1/4/91, se calcularán conforme al promedio de tasas de interés pasivas, mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de la República Argentina”, lo que impone modificar la condena acogiendo con este alcance el reclamo de la defensa, tal como se expresó supra.

IX. Sentado lo anterior, corresponde atender el agravio que cuestiona la denegación del daño moral. Aduce la actora que la negativa de la demandada en el pago del reintegro le produjo padecimientos morales. Agrega que no pudo intentar nuevos tratamientos de fertilización que implican altos costos, y habida cuenta el tiempo transcurrido desde la negativa de la demandada a la finalización del juicio, no tendrá la edad biológica necesaria y adecuada para intentar nuevos tratamientos para tratar de engendrar hijos. Toda vez que la causal alegada no esté probada, corresponde rechazar de plano el pedimento.

Finalmente con respecto a las costas, considero que las de 1° instancia –sólo recurridas por la accionante- deben ser impuestas en su totalidad a los accionados, aunque la demanda no progrese por todos los importes reclamados. Ello porque con su incumplimiento dio origen al reclamo judicial y una vez producido éste, negó la existencia misma de la obligación. A más de la doctrina

objetiva de la derrota en materia de costas, según la cual éstas constituyen una reparación de gastos en que debió incurrir el accionante para obtener el reconocimiento de su derecho.

X. Por lo expuesto, brindo mi voto por la confirmación de la sentencia recurrida, con la modificación propuesta sobre el curso de los intereses, que a partir del 1/4/91 y hasta el efectivo pago se devengarán la tasa pasiva promedio publicada por el banco de la Nación Argentina. Las costas de alzada se imponen por su orden, atento el resultado de los recursos y porque la impugnación del quantum de los intereses posteriores al 1/4/91, no las generan atento que la sanción del decreto 2289/92 fue posterior a la fundamentación de aquellas. Difiérase la regulación de honorarios profesionales hasta que se haya determinado el valor económico del juicio y se fijen los de la anterior instancia. Encomiéndese al juez las diligencias necesarias tendientes a la tributación de la tasa de justicia que correspondiere. He concluido.

Los Dres. Morando y Díaz Cordero, por análogas razones, adhirieron al voto anterior. Se resuelve: modificar la sentencia de fs. 333/336 vta. En lo que se refiere a la tasa de interés aplicable a partir de 1/4/91, con los alcances dados en el punto VIII del voto de la Dra. Piaggi, confirmándola en lo demás que decide. Con costas a la alzada por su orden, atento el resultado de los recursos y porque la impugnación del quantum de los intereses posteriores al 1/4/91, no las generan atento que la sanción del decreto 2289/92 fue posterior a la fundamentación de aquellos. Difiérase la regulación de honorarios profesionales hasta que se haya determinado el valor económico del juicio y se fijen los de la anterior instancia. Encomiéndese al juez de las diligencias necesarias tendientes a la tributación de la tasa de justicia que correspondiere. Ana I. Piaggi; Juan C. F. Morando; María L. Gómez; Alonso de Díaz Cordero.

Titulo II

I.- Servicios Domiciliarios.

A) Competencia Federal, Civil y Comercial.

Es competente la justicia federal para conocer en el amparo contra una empresa telefónica, si se trata de precisar el sentido y los alcances de normas federales y sus respectivas reglamentaciones reguladoras del sistema de precios y de las categorías del servicio público telefónico, disposiciones emanadas y fiscalizadas por el Estado Nacional en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 1, 3, inc.) a), 4 inc.e), 15 y 16 y conos. Ley Nac. de Telecomunicaciones N° 29798.

Corte Sup., 7/4/92; “Lottici, Emilio C. c. Telefónica de Argentina S.A.”

Opinión del procurador general de la Nación:

I. El actor dedujo acción de amparo contra “Telefónica Argentina S.A.”, Delegación Tres Arroyos, a fin que dicha empresa facture en la categoría profesional el servicio telefónico que le presta y no en la comercial, como errónea y unilateralmente realiza. Solicitó, asimismo, una medida de no innovar a fin de que la empresa accionada se abstenga de percibir y facturara el servicio de su titularidad hasta agotar las instancias, sin perjuicio de continuar cumpliendo las comunicaciones a su cargo. Requirió se autorice al actor a abonar el precio correspondiente que peticiona.

Puso de resalto haber iniciado haber realizado el reclamo administrativo correspondiente, sin respuesta alguna de la empresa demandada, razón por la cual se ve obligado a optar por esta vía judicial.

II. El juez a cargo del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Tres Arroyos, Prov. de Buenos Aires -ante el cual se dedujo la acción- se declaró incompetente para entender en el juicio con fundamento, centralmente, en la naturaleza de servicio de interés general que presta la demandada, encomendado –según destacó- por el Estado Nacional y regido, dado el

interés público a aquel vinculado, por leyes nacionales. Sostuvo con fundamento en lo dispuesto en el art. 100 CN, el carácter federal de la materia debatida, y consecuentemente la competencia de ese fuero de excepción para entender en la litis.

Por su parte, el juez a cargo del Juzgado Federal N° 2 de Bahía Blanca, tampoco admitió su jurisdicción en la causa sobre la base de que todas las facturaciones por servicios posteriores a la toma de posesión de la empresa, son prestaciones ajenas a ENTEL. Ello así, indicó resulta inaplicable al caso el art. 2 inc. 6 ley 48, desde que, según sostuvo, no se dan el sub lite ninguno de los supuestos que sustenten la jurisdicción federal. En tales condiciones, quedó planteado un conflicto que corresponde dirimir al tribunal en los términos del art. 24 inc 7 decreto ley 1285/58.

III. A mi modo de ver, los antecedentes reseñados en los puntos que anteceden permiten sostener que lo medular de la disputa conduce a precisar el sentido y los alcances de normas federales y sus respectivas reglamentaciones, reguladoras del sistema de precios y de las categorías del servicio público telefónico prestado, disposiciones emanadas y fiscalizadas por el Estado Nacional.

Dicha circunstancia determina, a mi juicio, conforme lo ha sostenido V. E. en análogos casos, la competencia federal *ratione materiae*, cuya improrrogabilidad ha sido reiteradamente puesto de resal por el tribunal. En este contexto, debo advertir que a mi juicio, que la cuestión litigiosa excede del marco de un mero vínculo contractual privado, usuario-sociedad prestadora del servicio público telefónico, proyectándose en el ámbito de relaciones reguladas por regímenes jurídicos exorbitantes de derecho privado.

Lo expuesto debo indicar, por una parte, torna innecesario mayores precisiones desde la perspectiva de la jurisdicción federal *ratione personae*, las cuales podrían, además, resultar prematuras dado el grado de avance del trámite procesal del juicio. Por otra, no importa anticipar opinión en relación a la idoneidad de la vía elegida por el actor para hacer valer sus derechos. Por

ello, soy de parecer que corresponde dirimir la contienda disponiendo que compete a la Justicia Federal, por intermedio de su Juzgado N° 2 de bahía Blanca seguir conociendo en el proceso. Oscar E. Roger.

Buenos aires, abril 7 de 1992.

Considerando: De conformidad con lo dictaminado por el Procurador General y de acuerdo a la doctrina de este tribunal, se declara la competencia, para conocer en las actuaciones, del juez a cargo del Juzgado Federal de 1° Instancia N° 2 de Bahía Blanca, a quien se le remitirán.

Hágase saber al juez a cargo del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Tres Arroyos, Prov. de Buenos Aires. Mariano A. Cavagna, Rodolfo C. Barra, Eduardo Moliné O CONNOR, Julio S. Nazareno, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi. JA, 14/10/92.

B) Exceso de Facturación.

Es incuestionable la responsabilidad de la compañía telefónica por el exceso en la facturación del servicio, si las circunstancias del caso permiten presumir que los registros de pulsos, no eran seguros o que hubo interferencias en la línea. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 16/ 10/1997; “Von Foerster, Claudio c. Telefónica de argentina S.A.”

2 Instancia. Buenos Aires, octubre 16 de 1997.

El Doctor Buuygin dijo: I. El juez federal de primera instancia en su sentencia de fs. 207/208 hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada a rectificar las facturas cuestionadas y abstenerse de dar de baja el servicio telefónico e impuso las costas a la vencida. Esta decisión fue apelada por la demandada, cuyos agravios de fs. 223/227 no merecieron respuesta de la contraparte

II. La decisión del magistrado se basó, sucintamente, en que las facturas cuestionadas triplicaban el consumo normal y en no haber atendido los reclamos de la actora y no haber dado explicaciones que prevé el art. 19 del dec. 1420/92. Los argumentos desarrollados por el recurrente en su memorial de agravios no alcanzan a conmover los fundamentos de la sentencia condenatoria.

En rigor, la apelante se limita a reproducir lo dicho en la contestación de la demanda y en el alegato sin aducir nuevas razones a favor de su postura. Así, por ejemplo, sostiene que el listado de las llamadas efectuadas desde el aparato del actor constituye una respuesta a sus reclamos, pasando por alto el hecho significativo de que estos listados fueron agregados con al contestación de la demanda, mientras que el reproche que el juez formula se refiere a la falta de respuesta a los reclamos extrajudiciales.

Por otra parte, no se ha acreditado que los listados de fs. 93/94 y 95/97 se refieran efectivamente al teléfono del actor. Su teoría de que el actor había efectuado muchos llamados de larga distancia a diversos puntos del país no resulta convincente a luz de los hechos. En efecto, ya a la anterioridad a las facturas ya cuestionadas en este juicio, apareció una factura tan abultada que la propia demandada se vio obligada a rectificarla. Todo esto hace presumir que, o bien los registros de pulso no eran tan seguros, o bien que hubo alguna interferencia en la línea. En ambas hipótesis la responsabilidad de la demandada es incuestionable.

Por las razones indicadas, voto para que se confirme la sentencia apelada con costas. Los doctores Bonifati y Amadeo, por análogos fundamentos se adhieren al voto precedente. Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedentemente transcrito, el tribunal por unanimidad de votos resuelve: Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios. Las costas de esta alzada se imponen a la recurrente vencida.

C) Sobrefacturación.

I. Encontrándose controvertida la sobrefacturación del servicio telefónico, resulta aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual es la parte que en mejor condición de probar se encuentra quien debe acreditar los hechos. En efecto, la licenciatuza del servicio público telefónico tiene no sólo el monopolio sino el control cuasi unilateral de lo facturado, la posibilidad de perseguir su cobro por la vía ejecutiva y de cortar el suministro, mientras el usuario no posee los elementos técnicos necesarios para comprobar la sobrefacturación del servicio.

II. Las facturas aportadas como prueba, que reconstruyen el consumo histórico y demuestran el aumento progresivo de la facturación bruta de pulsos telefónicos, generan el indicio concordante, grave y preciso que permite presumir la existencia de sobrefacturación.

III. La concesionaria del servicio telefónico no puede pretender que sea el usuario quien pruebe que el mecanismo de control de pulsos funciona incorrectamente y que las facturas remitidas no acreditan la lectura de los medidores, pues el mismo no tiene acceso a las oficinas comerciales donde se encuentran los aparatos de medición.

IV. El proceso enmarcado en la ley 23696 puede definirse como “privatización por delegación de cometidos”, lo que implica la delegación de prestaciones y de competencias y la retención, por parte de la administración, de la titularidad de la misma, pues a pesar de los aspectos contractuales debe reconocerse a los derechos y deberes del concesionario la extensión que resulta de las restricciones impuestas por el poder de policía.

V. Para el usuario del servicio público carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del mismo producido consecuencia de la privatización, pues debe permanecer, en lo sustancial, en

una situación no inferior a la que tenía originariamente, garantizada por el derecho público en general y el derecho administrativo en particular.

VI. Frente al derecho subjetivo del usuario de exigir la prestación del servicio público, existe la obligación jurídica del Estado o del particular autorizando que lo tiene a su cargo de prestarlo de conformidad con las necesidades del primero y con la propia naturaleza de todo servicio público.

VII. El pliego de bases y condiciones para la privatización del servicio público telefónico aprobado por el dec. 62/90, en cuanto se impone a la licenciataria el deber de información a la autoridad regulatoria, es de aplicación extensiva al usuario por ser éste el directo interesado en la protección de sus derechos y en el normal funcionamiento del servicio.

VIII. La relación entre el usuario del servicio telefónico y el concesionario configura un contrato de adhesión, por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica como la derivada de la prerrogativa de prestar el servicio en forma única y monopólica en la respectiva de influencia, posee un poder de imposición exorbitante sobre el usuario, de modo tal que éste último solo atiende a la propuesta de la empresa.

IX. Es aplicable la doctrina de los actos propios a la concesionaria del servicio público telefónico, que luego de seleccionar la línea de la actora para revisarla por lo inusual de su consumo, ante la demanda pretende carecer de los elementos pertinentes para justificar la medición efectuada.

CNFed. Civ. y Com., Sala III, 16/12/94; “Blestro de Bover, Amelia T. c. Telefónica de Argentina S.A.”. LL, 30/03/95.

Conclusiones Finales.

I.- Se ha presentado en los últimos tiempos una forma de contratación que está presente y si bien, este fenómeno es relativamente nuevo, ha adquirido mucho auge en la última década. Las Condiciones Generales de Contratación son aquellas estipulaciones, cláusulas o conjunto de ellas, reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación. Las mismas forman parte de las negociaciones que realizan el estipulante y adherente, las cuales son lícitas y permitidas, ya que obligan a las partes, por ser contractuales válidas, siempre dentro de los límites y parámetros establecidos para el respeto a la libertad contractual.

II.- El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas le corresponde a una sola de las partes –el predisponente- mientras que la otra debe limitarse a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas –adherente-. Para que se perfeccione el contrato es necesario el consentimiento de ambas partes, en este caso, estipulante y adherente. La adhesión por el adherente manifiesta su expreso consentimiento de formar el contrato y por ende, que da configurado el acto jurídico bilateral. El contrato por adhesión se caracteriza por contener las condiciones generales de contratación y una vez perfeccionado el contrato, las mismas son vinculantes y válidas, ya que si bien, fueron redactadas por el estipulante, el consentimiento del adherente es el elemento y fundamento determinante para la formación de la libertad contractual bilateral y considerar de esta forma, al contrato por adhesión dentro de la teoría contractualista.

III.- El régimen jurídico de la adhesión a condiciones generales es el control de contenido, y se lo define como la herramienta jurídica mediante la cual el juez declara la ineficiencia de una cláusula abusiva como resultado de la valoración de dicha cláusula con el ordenamiento jurídico y la buena fe. El juez realiza este control a la luz del ordenamiento jurídico y la buena fe, hace un estudio de la situación descrita en la cláusula abusiva cotejándola con estos dos parámetros, si

deviene un resultado perjudicial para el adherente, se declara la ineficacia de la cláusula abusiva. El control de contenido es garante para el adherente, lo protege y le brinda la posibilidad de poder recurrir al órgano jurisdiccional cuando su adhesión al contrato haya sido dada también a cláusulas abusivas, arrojando como resultado de su aplicación, la ineficacia de dichas cláusulas como consecuencia de su abusividad.

IV.- El artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor N 24240 establece cuales son las cláusulas no convenidas en un contrato, pudiendo distinguir en dicho artículo criterios generales- cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte- y particulares- cláusulas que limiten la responsabilidad por daños y que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba- para calificar a la cláusula como abusiva.

Se define a la cláusula abusiva como aquella que conlleva una ventaja exclusiva a sola una de las partes contratantes cuando ésta ha redactado dicha cláusula unilateralmente, es decir, describe una situación o hecho fáctico que desnaturaliza la obligación, apartándose injustificadamente del ordenamiento jurídico. El juez debe sustituirlas por otra que se adecuen al ordenamiento vigente, manteniendo la finalidad subjetiva perseguida por las partes al contratar.

V.- La Directiva 93/13 CEE persigue una protección de carácter supranacional, utilizando el principio de Buena Fe para calificar a una cláusula como abusiva. El objetivo de la Directiva es aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas de los Estados miembros, que se aplica a todas las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, con independencia de que se trate o no de contratos de adhesión celebrados conforme a condiciones negociales generales, siempre que esas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente y en su caso el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociada individualmente asumirá la carga de la prueba.

¹Carnelutti, Francesco, *Formazione progresiva del contrato*, “Riv. Dir. Comm.”, 1916-XIV-II308, quien señala que bien puede afirmarse que el camino del contrato se recorre por etapas, lo que sucede de manera más frecuente e el caso de corredores o intermediarios, quienes tratan de persuadir a los clientes gradualmente: cuando han obtenido su acuerdo sobre los puntos esenciales y ha logrado concertar el contrato dejan tranquilos a quienes han aceptado; más tarde volverán para entenderse sobre los puntos accesorios, respecto de los cuales –en todo caso- proveerá el Código Civil.

²Josserand, Louis- Brun, André, *derecho civil*, t. II, vol. 1, p. 31, n 32.

³Con dicho término se refiere a las condiciones negociales generales, pero en el trabajo se adopta la denominación *Condiciones Generales de Contratación*, CGC.

⁴Hacemos desde ya reserva respecto de situar, oportunamente, la verdadera esencia jurídica de la materia.

⁵Diez-Picazo, *Derecho y masificación social*, p. 85, quien señala como característica de la sociedad de masas de uniformidad, con una secuela de despersonalización y anonimato, conceptuando que el derecho de la sociedad de masas ha de ser un derecho nuevo, no apropiado para seguir una línea ascendente-como en el caso de la costumbre- sino un derecho legislado, emanado de los poderes públicos y encaminado a la protección y dirección de la masa (p. 30)

⁶Ver Rezzónico, Juan Carlos, *Concepto de condiciones negociales generales*, LL, 1981-C-1100; también en “VII Jornadas nacionales de Derecho Civil. Ponencias”, p. 194 y ss., donde expusimos muchos de los principios que ahora consideramos con mayor detenimiento.

⁷Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 230 y ss., n 254. Hemos tocado el tema del alcance que puede tener la estipulación al tratar en varios trabajos el tema del acto jurídico a favor de tercero, sustentando entonces la tesis de que la estipulación puede ser sólo una cláusula del contrato, pero también ocupar íntegramente el acto básico (Rezzónico, Juan Carlos, *Perfil estructural de la estipulación a favor de tercero*, LL, 1979-D-883).

⁸Diez-Picazo, *Fundamentos*, p. 231, n 254. Dice García Amigo: “utilizamos los términos condición, cláusula o estipulación indistintamente, con el significado de cada una de las determinaciones concretas de voluntad, constitutivas en su conjunto, del contenido normativo del contrato y relativas a cada uno de los puntos particulares del mismo” añadiendo que tal es el sentido que le diera el tribunal Supremo de España (27/12/35) afirmándose que “por cláusula se entiende, en el lenguaje forense, cada uno de los pactos, estipulaciones o condiciones que se consignan en un documento público o privado” (García Amigo, *Condiciones generales de los contratos*, p. 132, nota 1)

⁹Scognamiglio, Renato, *Dei contratti in generale*, en Scialialoja, Antonio- Branca, Giuseppe (dirs.), “Comentario del Codice Civile”, p. 225, n 4.

¹⁰Weber, *Die allgemeinen Geschäftsbedingungen*, p. 218, n N-16.

¹¹Kotz, Hein, en *Munchener Kommentar*, t. I, p. 1399, n 2, quien afirma que existe preformulación aunque no se consignan por escrito, sino que con miras a una aplicación futura se encuentran almacenadas “en cabeza” el estipulante o bien de sus auxiliares. Ello sucede, p. ej., cuando el estipulante hace aprender de memoria el texto de las CGC a sus representantes o auxiliares, encargándoles incluir esas cláusulas como texto de los futuros contratos, en el ejemplar escrito, o comunicarlas y hacerlas aceptar verbalmente a sus clientes.

¹²Locher, Horst, *das Rect. der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, p. 21, & 5.

¹³Schmidt-Salzer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 2 ed., p. 2, n A-2. Lo dicho en el texto debe conjugarse, frente a la relación concreta, con el establecimiento o fijación particularizados.

¹⁴Larenz, *Methodenlehre*, p. 42, con mención de la lógica de hegel, y con ello la oposición entre concepto abstracto y concepto concreto, significando aquél una separación de lo concreto y una aislación de sus condiciones, con lo que las cualidades o características particulares resultan comprendidas o abarcadas. Ello significa- de acuerdo con Larenz- que el pensamiento abstracto comprende el aspecto material o sensible de un objeto (v. gr., e una planta determinada, un animal determinado, un edificio determinado), no en la “concreta” multiplicidad de todas sus partes y cualidades como ese todo único, sino sólo en cuanto en él sobresalen cualidades generales, escindidas de su vínculo con otras y, en ese sentido, aisladas. Ver hegel, Georg W., *Ciencia de la lógica*, p. 86 y siguientes. Sobre la oposición abstracto-concreto, Englishçch, *La idea de concreción en el derecho*, p. 69 y siguientes.

¹⁵Balandra, *I contratti di adesione*, “Riv. Dir. Comm.”, 1928-I-412, quien pone de manifiesto la relatividad que puede alcanzar la uniformidad, ya que no es posible siempre, sin excepción, eliminar las diferencias que existen entre uno y otro individuo: cada uno tendrá necesidad de una cosa o prestación diferente o por lo menos de una calidad distinta; también puede darse diversas modalidades de ejecución del contrato.

¹⁶Salleiles, *De la declaration de volonté*, p. 229, n 89.

¹⁷Ripert, *La regle morale*, p. 103, n 55.

¹⁸La definición del Código Civil de Perú establece lo siguiente: “Art. 1390. El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

¹⁹Aparicio, Contratos, t. 1, p. 299.

²⁰Jesús Alfaro aguila Real, “Las Condiciones generales de Contratación”

²¹Así, Roppo, Contratti Standard, p. 91 y ss. ; M. Rehbinder, Allgemeine Ges chaftsbedingungen und die Kontrolle ineres Inhalts, Berlín, 1972, p. 15.

²²M. López- Sancjchez, “Las condiciones generales de los contratos en el derecho español”, RGLJ (1987), p. 612, nota 7; M. Klein, “La propuesta de anteproyecto de ley de condiciones generales a la luz de la ley alemana (AGBG)”, RJN, 8 (1989), p. 125, nota 19.

²³Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”

²⁴Vid., por ejemplo, Raiser, das Rect., p. 61.

²⁵Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”

²⁶Y explican, en parte, la regulación de las condiciones generales contenida en el Codice Civile italiano de 1942, texto que responde en cierta medida a esta concepción de empresa. La doctrina contractualista italiana ha tenido, por esta razón, grandes dificultades para justificar legalmente una calificación de las condiciones generales como meras cláusulas contractuales, dado que los artículos 1341 y 1342 del citado texto no exigen ni siquiera la adhesión del cliente para considerarlas vinculantes, bastando con que este las hubiera conocido o podido conocer usando una debida diligencia ordinaria. Expresivas son, en este sentido, las siguientes palabras de A. Genovese: (Le condizioni generali di contratto, Papua, 1954, pp. 158-159): “la ley parece ignorar la doble actuación del adherente cuando le vincula a las condiciones generales conocidas o cognoscibles como si tales requisitos hubieran de considerarse suficientes, y como si el segundo momento, el volitivo (la adhesión) fuera superfluo o irrelevante”.

²⁷Saillelles, De la declaration de volenté (Comentario al Código Civil alemán), París, 1901, pp. 229 y ss.

²⁸H. Grossmann-Doerth, Seltstgeschaffenes Rect. der Wirtschaft und staatliches Rect., Friburgo, 1993.

²⁹Saillelles, Declaration, p. 229: “los contratos de adhesión no son más que pretendidos contratos porque hay un predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra”; Grossmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Rect., p. 6, “las condiciones generales constituyen un poder que determina la relación contractual desde fuera de la misma”

³⁰Vid. notas anteriores y Demogue, Traité des obligations, Tomo II (1923), pp. 307 y ss., apud raiser, das Rect., p. 149.

³¹Vid. infra VI y la crítica de De Castro sobre la incompatibilidad del estado de derecho con tal poder reglamentario. F. de castro, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, ADC (1961), pp. 306-317.

³²Esta posición fue mantenida por E. Langle, Manual de Derecho Mercantil I, Barcelona, 1950, p. 225, y J. Garrigues, Curso de Derecho mercantil, 5 ed., Madrid, 1969, pp. 110-112 (hay ediciones posteriores). La posición de Garrigues se matiza en sus Contratos bancarios, 2 ed., Madrid, 1975, p. 21, donde se limita a afirmar que cuando condiciones generales determinadas hayan alcanzado un grado suficiente de difusión y objetividad, cabría asimilarlas al uso. Pero ésta no es una propuesta que resuelva el problema de la validez de las condiciones generales, sino de determinadas

³³Como se ha demostrado suficientemente de De Castro (ADC, 1961), pp. 302-306)

³⁴Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones generales de Contratación”

³⁵Un buen ejemplo de estas tendencias se encuentra en Mertens, “Legespraeter legem”, AG (1982), pp. 29-41, pero el estudio sin duda más profundo es el de Pflug, ya citado (Kontrakt). Junto a doctrinas abiertamente normativistas, numerosos autores reconocen que las condiciones generales funcionan “sociológicamente” como normas: por ejemplo, Rehbinder, Kontrolle passim; J. G. Helm, “Private Norm und staatliches Rech beim Massenvertarg”, JuS (1965), pp. 121-129 y “Grundlagen einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen” en Festschrift L. Schnorr von Carolsfeld, Colonia-Berlín- Bonn- Munich, 1972, pp. 125-146. Estos últimos planteamientos no precisan discusión alguna dado que plantean el problema no desde la dogmática sino desde la sociología del derecho, por lo que no pueden extraerse consecuencias respecto al régimen jurídico.

³⁶Una exposición muy detallada de las teorías normativistas en Alemania puede verse en Pflug, Kontrakt, pp. 211-245

³⁷Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”.

³⁸Expresivas en ese sentido son las siguientes palabras de nuestro TC (STC218/1988, de 22-11- BOE 22-12-1988- Recurso de amparo): “La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos...el acto de integración en una asociación no es un contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el artículo 1256 CC”.

³⁹El concepto de normas de elección procede de Meyer-Cording en su monografía sobre las Rechtsnormen (apud Pflug Kontrakt, pp. 214-233 donde puede verse una crítica detallada.

⁴⁰No es objeto de este trabajo el análisis de la naturaleza de este “Derecho corporativo”. Las observaciones al respecto que se hacen a continuación deben entenderse dentro de la finalidad con que están hechas, que es la de marcar sus diferencias con las condiciones generales.

⁴¹Pflug, Kontrakt, pp. 229-230; Rakoff, 96 Harvard L. rev. (1983), pp. 1238-1241; vid. También, STC 218/88 de 22 de noviembre comentada por J.J. Marín en PJ, 14 (1989), pp. 151-161.

⁴²Vid. las observaciones de Rakoff, 96 Harvard L. Rev. (1983), pp. 1238-1241.

⁴³Ha de admitirse, con Reuter (“Richterliche der Satzung von Publimsperonengesellschaften”, AG 1979, pp. 321-330, p. 324) que el carácter democrático de tales instituciones no legitima suficientemente la imposición de la mayoría sobre la minoría.

⁴⁴Reuter destaca esta idea como fundamental para decidir sobre la legitimidad del control de contenido de los estatutos especiales. Vid. D. Reuter, AG (1979), pp. 322-324 y más recientemente, “Die Änderung des Vereinszwecks-Besprechung von BGHZ 96,245”, ZGR (1987), pp. 475-488. Esta apreciación tiene a nuestro juicio, ciertos límites. Efectivamente, y como veremos, en la medida en que los “predisponentes” se vean obligados a adaptarse a los deseos de los adherentes, esto es, en la medida en que haya selección, puede afirmarse suficientemente legitimada la imposición de reglas porque existe autonomía privada, pero en el caso de las sociedades-ejemplarmente en la sociedad anónima- y en la medida que los accionistas de control no necesiten del pequeño accionista, tal argumento no es

⁴⁵Jesús Alfaro Aguila real, “Las Condiciones Generales de Contratación”

⁴⁶Pflug, Kontrakt, pp. 248 y ss., esp. p. 250 y pp. 263 y ss.

⁴⁷Toda la argumentaciones encuentra muy amplia en Pflug, ibidem.

⁴⁸Pflug, ibidem, p. 284.

⁴⁹Delegación al Gobierno en el caso de Decretos-legislativos o a instituciones de carácter público o a las que se atribuyen funciones públicas (colegios profesionales)

⁵⁰La información al respecto la hemos obtenido del trabajo del profesor Paz-Ares sobre la remisión como técnica que se encuentra inédito.

⁵¹Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”

⁵²La aceptación de esta premisa, basada en el reconocimiento como legítimos de los intereses de las empresas en racionalizar su actividad contractual se produce de manera implícita en cuanto ningún autor se ha planteado la posibilidad de negar la validez de las condiciones generales.

⁵³Esta forma de argumentar puede encontrarse en cualquiera de los autores contractualistas tradicionales: vid., p. ej., Raiser, Das Rect., p. 60; vid., también De Castro, (ADC 1961, pp. 302-318); especialmente expresivo, García Amigo (Condiciones, pp. 145-152-161): “Por exclusión su eficacia vinculante debe provenir necesariamente de las fuerzas subjetivas.

⁵⁴Si se cumplen los presupuestos de la celebración del contrato y lo acordado no choca gravemente con el ordenamiento estatal, el Estado lo declara válido y le otorga su protección” Raiser. ibidem, pp. 81-82; García Amigo, Condiciones, p. 96.

⁵⁵Raiser, das Rect., p. 152.

⁵⁶Especialmente expresivo De Castro, ADC (1961), p. 322: “Se ha señalado también la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por el monopolio de hecho o de derecho, sea porque todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto, a pesar de su importancia se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley” (p. 322). En el mismo sentido, Raiser, Das Rect., pp. 148-150; A. Polo, RDP.

⁵⁷Esta es una idea generalmente admitida. Vid., por todos, K. Larenz, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, Munich, 1978, trad. esp. de L. Díez Picazo, Madrid, 1985, pp. 74-75.

⁵⁸Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”.

⁵⁹Flume, Rechtsgeschäft, pp. 6 y ss., esp. p. 10. Esta es una idea generalmente admitida. Vid. Medicus, Allgemeiner Teil, pp. 69-73, y, entre nosotros, por todos, De Castro, Negocio, pp. 11 y ss., y sobre todo Lacruz, Elementos, II-2., p. 28: y el artículo 10 de la Constitución que recoge como principio del ordenamiento el respeto al “libre desarrollo de la personalidad” de los individuos. Vid., no obstante, la matización de D. Reuter, Schranken, pp. 35-36: la autonomía privada no es una derivación del principio de autodeterminación sino una técnica no autoritaria para la creación de reglas de comportamiento: “La autonomía privada no es una parte de la autodeterminación sino simplemente una técnica de creación de normas acorde con (el respeto a) la autodeterminación”.

⁶⁰Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”

⁶¹Esta función del contrato está generalmente admitida, vid., por todos, Betti, Teoría general del negocio jurídico (trad. esp. de A. Marín Pérez), Madrid, 2. ed., 1959, pp. 41-45; Lacruz, Elementos, II-2, p. 28; ampliamente con detalles sobre el fundamento de esta limitación a los contratos de intercambio dejando a un lado los de colaboración, p. ej., Paz-Ares, ADC(1981), p. 675, nota 223; Ritiner, “Uber das Verhältnis zwischen Vertrag und Wettbewerb”, AcP, 188 (1988), pp. 120-122.

⁶²“Vendedor y comprador, con independencia del poder económico que tengan deber entrar en competencia en el mercado que resulta de innumerables decisiones autónomo-privadas, para conseguir que la otra parte celebre libremente el contrato con ellos” (Flume, Rechtsgeschäft, p. 10). La relación de produce también en el sentido contrario: el contrato libremente celebrado contribuye a la configuración de un mercado competitivo: “lo característico del ordenamiento jurídico de la autonomía privada consiste en que le mismo se integra y renueva con cada negocio autónomo-privado. Cada contrato sobre bienes y servicios como acto de autodeterminación es sólo posible cuando, en principio, y con carácter general, el tráfico de bienes y servicios se produce en autodeterminación; y a la vez, cada acto aporta a ello en la medida que otros intercambios podrán ser acordados autodeterminadamente” (Flume, ibidem). Con ello Flume recoge, muy sintéticamente, las relaciones entre contrato y competencia que fundamentan el que podamos considerar cada contrato celebrado voluntariamente como un acto de autodeterminación bilateral. No es necesario comprobar en cada caso si la voluntariedad fue o no producto de la libertad. Ello lo garantiza el marco en el que los mismos se realizan; en el mismo sentido, Canais, AcP, 184 (1984), p. 207.

⁶²En este punto, conforme, Wolf, Entscheidungsfreit, pp. 138-139 y ss., quien propone como criterio para determinar cuando la renuncia a contratar es una alternativa razonable al recurrir a una “valoración de los intereses”: la renuncia a contratar es razonable cuando la misma y sus consecuencias representan un interés menos o igualmente valioso que la aceptación de las condiciones impuestas por la otra parte pero no es razonable cuando las consecuencias tiene un valor superior a lo que supone aceptar las condiciones. Vid. también W. Schmidt-Rimpler, “Zum Vertragsproblem”, Festschr. Raiser, Tubingen, 1974, pp. 3 y ss., p. 14; W. Zollner, AcP, 176 (1976), pp. 221 y ss., pp. 235-23; Coester-Waltjen, AcP, 190 (1990), p. 23, utiliza la expresión “circunstancias patológicas en la celebración del contrato”.

⁶³En este punto, conforme, Wolf, Entscheidungsfreit, pp. 138-139 y ss., quien propone como criterio para determinar cuando la renuncia a contratar es una alternativa razonable al recurrir a una “valoración de los intereses”: la renuncia a contratar es razonable cuando la misma y sus consecuencias representan un interés menos o igualmente valioso que la aceptación de las condiciones impuestas por la otra parte pero no es razonable cuando las consecuencias tiene un valor superior a lo que supone aceptar las condiciones. Vid. también W. Schmidt-Rimpler, “Zum Vertragsproblem”, Festschr. Raiser, Tubingen, 1974, pp. 3 y ss., p. 14; W. Zollner, AcP, 176 (1976), pp. 221 y ss., pp. 235-23; Coester-Waltjen, AcP, 190 (1990), p. 23, utiliza la expresión “circunstancias patológicas en la celebración del contrato”.

⁶⁴Jesús Alafaro aguila real, “Las Condiciones Generales de Contratación”.

⁶⁵Jesús Alfaro Aguila real, “Las Condiciones generales de Contratación”.

⁶⁶Jesús Alfaro Aguila Real, “Las Condiciones Generales de Contratación”.

⁶⁷Jorge Mosset Iturraspe, “Contratos”.

⁶⁸Dentro de los partidarios de esta posición extrema: Hamelbeck, Michel y Raiser, citados por Royo Martínez, Transformación del concepto de contrato en el Derecho Moderno, en Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, año XIX, N 6, junio de 1951; Contratos de adhesión, en Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1949. No incluimos a aquellos que, aunque en definitiva contractualistas, destacan los caracteres especiales de la figura, poniendo de manifiesto la utilidad que reporta diferenciar esta modalidad en la formación del consentimiento de tipo clásico.

⁶⁹En todos ellos aparecen pruebas de resalto las notas que Lafaille denomina: a) papel del estado, y b) predominio del interés general. Para García Amigo se trata de “la imposición e un contenido forzoso al aceptante por la necesidad de obtener el servicio, generalmente de utilidad pública, en virtud de la posición monopolista del proponente”.

⁷⁰La redacción muchas veces oscura y la complejidad de las cláusulas, son características de muchos contratos por adhesión. Sobre la necesidad del derecho Civil de recurrir a construcciones complicadas e ingeniosas, véase Savater, René, Les metamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d aujourd'hui, Paris, 1964.

⁷¹Para Soler, Sebastián, Fe en el derecho y otros ensayos, tea, Buenos Aires, 1956, p. 49, la adhesión es el elemento esencial de la institución, así como el consentimiento lo es del contrato.

⁷²Distingo fundamental, pues buena parte de la doctrina, como Demogue en Francia, Lafaille, entre nosotros, ha destacado, erróneamente a nuestro entender, que estos contratos implican el ejercicio de un servicio público o al menos de un servicio privado de utilidad pública (Demogue, René, Traite des obligations en general, Librairie Arthur Rousseau Paris, 1923, t. I, n 205 y ss.)

⁷³En ese sentido, el punto D) del despacho de las VII Jornadas, La Plata, 1981.

⁷⁴Jorge Mosset Iturraspe, “Contratos”

⁷⁵Si bien la ley 24240 ha venido a superponer una respuesta a las condiciones generales de contratación en el marco de la defensa del consumidor, el marco normativo aún dista de considerarse satisfactorio. En tal sentido conviene tener en cuenta las precisas valoraciones que efectúa Frustagli al expresar: “En el Derecho argentino, el tratamiento jurídico del tema presenta cierta dispersión. Ciertamente, la ausencia de una legislación que aborde de manera global la temática de las condiciones generales de contratación obligó a la jurisprudencia y a la doctrina a recurrir a los principios del derecho común a fin de hallar soluciones equitativas a los problemas suscitados por esta modalidad contractual. Luego, en materia de derecho del consumo, la sanción de una norma específica como es la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (ley 24240, LL, 1993-C-3012) proporcionó un marco jurídico al tema de las cláusulas abusivas en relación con los contratos de consumo. Todo ello al margen de algunas normas específicas que, como ya veremos, regularon ciertos aspectos sobre condiciones generales e contratación o cláusulas abusivas”; conf. Frustagli, Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas. (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino), JA, 199-III-975.

⁷⁶Alonso, Los efectos de la relación de supremacía en los contratos no paritarios entre empresas, en “Derecho y Empresa”, 200, N 9, p. 17.

⁷⁷Es notorio que existen otras diferencias, pero está generalmente admitido que el control del contenido constituye la pieza clave del Derecho de las condiciones generales.

⁷⁸Contra, Cabanillas, cargas, p. 349. Según este autor <la AGB-Gesetz alemana separa de su regulación los individuelle Vertragsabreden, mas ello no puede significar que tales pactos (los acuerdos individuales) sean válidos cuando contraríen a la regla general del §9 de la ley (que establece al igual que el art. 10.1, c) LCU el límite de la buena fe para la validez de las condiciones generales), ya que estarían en contra de la norma contenida en el § 138 BGB>. La equiparación que hace Cabanillas omite la diferencia expuesta en el texto. El §138 BGB recoge, como nuestro artículo 1255 CC el límite de las buenas costumbres y en su párrafo segundo la nulidad de los contratos usuarios. La exclusión del ámbito de aplicación de la AGB-G de los acuerdos individuales se encuentra en el §1 de la ley donde se recoge la definición legal de las condiciones generales. El legislador alemán era muy consciente de que las condiciones generales y acuerdos individuales no pueden tener los mismos límites de validez y establece para las primeras el que su contenido sea equilibrado, según el modelo del Derecho dispositivo (conformidad con la buena fe) y para los segundos los límites genéricos de la autonomía privada, según se ha explicado en el texto.

⁷⁹Esto fenómeno es descrito por raiser como tipicidad de las condiciones generales (ibidem, p. 286), lo que justifica que, cuanto más amplio sea el círculo de los afectados o más vital o necesario sea el producto o servicio, más estricto habrá de ser su control (ibidem, p. 287).

⁸⁰Esta teoría fue expuesta por De Castro en varios trabajos. De todos ellos aquí nos vamos a ocupar básicamente del titulado <Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes>(ADC 1961), pp. 295-341, reeditado como volumen independiente, Madrid, 1975, 2, ed., 1985), las citas se hacen por la publicación en el ADC), porque es en éste donde De Castro realiza la exposición más cuidadosa del problema. además, debe verse <El arbitraje y la nueva lex mercatoria>, ADC (1979), pp. 619-725 y las <Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad>, ADC (1982), pp. 987-1085.

⁸¹Además, De Castro apoya su planteamiento afirmando que dichos límites han existido siempre y recordando la nutrida serie de límites a la autonomía privada que registra la Historia, desde Roma a la Codificación. tal argumentación, nos parece, es escasamente inconveniente. de libertad contractual en el sentido de ausencia de límites estatales específicos a la determinación por las partes del contenido del contrato no puede hablarse con propiedad hasta la época liberal. Con anterioridad no existe la autonomía privada en su sentido contemporáneo por lo que los ejemplos de limitaciones o restricciones en el Antiguo Régimen carecen de fuerza argumentativa para explicar su subsistencia con posterioridad a los Códigos; vid. A. Menéndez, <Autonomía económica liberal y Codificación mercantil española>, en centenario del Código de Comercio, I. Madrid, 1986, pp. 58-59:<en rigor, sólo en la época liberal cabe hablar de “autonomía de la voluntad”. Con anterioridad se observa... el lugar muy limitado del contrato en el Antiguo Régimen...Sólo en el contexto constitucional del liberalismo se percibe la libertad contractual en su doble aspecto: libertad de formación o perfección del contrato algo que ya existía ampliamente antes, y libertad de configuración o fijación del contenido del contrato que es donde reside la novedad: el individuo puede constituir relaciones jurídicas como mejor le convenga porque de acuerdo con la doctrina liberal <qui dit contractuel, dit juste>; vid. también M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, pp. 8-9; Killian, AcP, 180 (1980), p. 48; contra, el propio De Castro, Negocio, p. 14: La argumentación histórica de De Castro tiene, sin embargo, interés, en cuanto pone de manifiesto una preocupación expresada en el Código Civil por garantizar que la renuncia a los derechos era efectivamente producto de la voluntad del sujeto perjudicado por tal

renuncia, como tendremos ocasión de ver referirnos a las cláusulas sorprendentes y la existencia de un principio de base semejante en nuestro Código Civil que permitiría explicar muchas de sus normas.

⁸²Jesús Alfaro Aguila real, “Las Condiciones Generales de Contratación”.

⁸³Bricks, Helene, *Les clauses abusives*, LGDJ., Paris, 1982, pág. 10. Existe coincidencia en que la cláusula abusiva fractura el sinalagma y así fue como lo recuerda Gérard Cas- un comité de expertos creado por el Consejo de Europa en 1973 a propósito de la cuestión, la definió como aquella “cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato, un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores”. Con motivo de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil dos de las ponencias presentadas incluyeron una definición. Así Jorge Mosset Iturraspe: “Las condiciones generales podrán ser impugnadas, asimismo, cuando choquen gravemente con los principios de justicia conmutativa o rompan el equilibrio económico que es propio de los contratos onerosos” (Rev. Col. Abogs., La Plata, n 41, pág. 143), y la presentaron Augusto M. Morello y Rubén S. Stiglitz: “Serán declaradas ineficaces las cláusulas cuyo contenido o elementos esenciales, queden al arbitrio del predisponente, o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometen el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la renuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que la justifiquen” (Rev. Col. Abogs., La Plata, n 41, pág. 228)

⁸⁴Dice el art. 1341, segunda parte: “En todo caso no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que...” “No todas las cláusulas de un contrato de adhesión son nulas- ha dicho la Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Come., LL 101-418; JA 1961-III-216- desde que siempre a la parte no conforme la facultad de no pactar”. Y en otro fallo se lee: “No es posible que una de las partes pacte el contrato de adhesión con el preconcepto de que no lo cumplirá por ser nula una parte del mismo”.

⁸⁵Este texto se propone instaurar un sistema de protección al consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los profesionales. Las discusiones relativas a una directiva comunitaria se remontan por lo menos al año 1975, fecha en la cual el Consejo hizo público el primer programa de CEE para la protección e información de los consumidores. hasta ese momento existía la más grande disparidad entre las legislaciones nacionales de los Estados miembro no sólo en cuanto al nivel de protección, sino también en cuanto a las nociones fundamentales que sostienen el edificio de la protección. La determinación del campo de aplicación tanto subjetivo (consumidores/no profesionales/cocontratantes; etc.) como el objetivo (cláusulas abusivas/contratos de adhesión/contratos no negociados, etc.) así como las modalidades de control (autoridad administrativa/judicial/control a priori/control a posteriori; capacidad para actuar; de un solo particular/capacidad para actuar las asociaciones representativas, etc.) diferían considerablemente. Hechos que nos permiten comprender como el consumidor europeo podía perderse en este laberinto de textos jurídicos.

⁸⁶A la vista de algunas disposiciones relativas a las cláusulas abusivas que figuran en el Código del Consumidor (art. L. 132.1 y sig., L. 421-6), cuya parte legislativa fue promulgada por la ley 93-949 del 26-VII-1993 (DL, pág. 411 y sigs.), no parece coincidente con las prescripciones de la directiva comunitaria.

⁸⁷“Art. 8. Los estados miembro podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”

⁸⁸De la Exposición de Motivos del Anteproyecto; ver un comentario del Anteproyecto español en Rodríguez Artigas, Fernando, “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de ley), rev. Derecho de los Negocios, año 8, nro. 86, noviembre de 1997, págs. 1/16 inclusive.

⁸⁹Tal era la opinión dominante entre los primeros comentaristas de la ley. Esta opinión es esencialmente correcta aunque ello no significara que el legislador se limitara a actuar como notario del tribunal Supremo, como señala acertadamente Heinrichs (Zehn Jahre, p. 24).

⁹⁰Obsérvese que el tenor literal de la cláusula general antes reproducido era perfectamente coherente con lo que se acaba de exponer. las continuas referencias al carácter esencial de los derechos y obligaciones modificadas por condiciones generales, a la puesta en peligro de la finalidad económica del contrato, ponen de manifiesto que con ello el legislador estaba ordenando al juez que declarase ineficaces aquellas cláusulas que, no estando recogidas en la lista, supusieran una derogación del Derecho dispositivo tan grave como las reflejadas en la lista, pero, en modo alguno, habilitándose para declarar ineficaces cláusulas valorativamente menos desequilibradas que las recogidas en dicha lista.

⁹¹Debe aclararse, para evitar cualquier confusión, que al hablar de eficacia declarativa no estamos refiriéndonos a las cláusulas declarativas o cláusulas que se limitan a reproducir el contenido de una norma legal.

⁹²Además de privar de argumentos a los que afirman la falta de legitimación democrática de las condiciones generales. Tal crítica es de recibo cuando se atribuye un poder normativo a los predisponentes-como hace la doctrina

contractualista- amparándolo en la (inexistencia realmente) libertad contractual. En la medida en que atribuyamos a las condiciones generales sólo eficacia declarativa, dicho déficit de legitimación democrática no existe.

⁹³Germán José Bidart Campos, en *El Derecho a la salud en las Américas*, p. 32, Organización Panamericana de la Salud, Bs. As., 1989.

⁹⁴Con fecha 2/1/97 se sancionó la ley 24754, que establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales. De este modo, quedan incorporadas la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos para las empresas que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Sida) y/o las enfermedades recurrentes; los tratamientos por el uso de estupefacientes y la cobertura para los programas de prevención del Sida y la drogadicción.

⁹⁵Gherzi Carlos A.; Weingarten Celia, *Contrato de Medicina prepaga*, Astrea, Bs. As. 1993.

⁹⁶Ver Weingarten Celia y Lovece Graciela, *Protección del usuario de los servicios médicos prepagos*, la Ley, ejemplar del 12/06/1997, y jurisprudencia allí citada. CNCom., Sala B, 15/04/93; “Odrozola Belén, Pedro A. y otro c. Optar AS”. JA, 25/05/94, ej. N 5882. “La empresa de cobertura médica no puede negarse a pagar el tratamiento de fecundación asistida denominada método “Gift” argumentando que está excluido de la cobertura por tratarse de un trasplante e implantación de células”. “En las condiciones negociales generales el destinatario debe comprender su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio”.

⁹⁷CNCom., sala A, 21/03/91. JA, 1999-II-472.

⁹⁸“...Se reserva el derecho de modificar total o parcialmente los términos y condiciones de la internación cuando las circunstancias o determinados hechos así lo aconsejaren...”

⁹⁹CNCom., sala D, 23/12/81. LL, 1983-A-180.

¹⁰⁰CSJN, 4/08/88; “Automotores Saavedra SA c/ Fiat”. LL, 1989-B-1

¹⁰¹Gherzi, Carlos Alberto, obra cit.