

**“LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS  
EN LA CONTRATACIÓN CON  
CONSUMIDORES EN  
LA LEGISLACIÓN  
ARGENTINA”**

**María Laura Estigarribia Bieber**

**Tesis para optar al grado de Doctora de la  
Universidad Nacional del Nordeste en el  
área Ciencias Jurídicas. Derecho**

**2006**

## **“LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA”**

**María Laura Estigarribia Bieber**

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 23 del Anexo de la Resolución 531/98, del Consejo Superior de la Universidad Nacional del Nordeste, se presenta esta síntesis del trabajo de tesis correspondiente al tema “Las cláusulas abusivas en la Contratación con consumidores en la legislación argentina”, de autoría de la suscripta.

### **I.- INTRODUCCIÓN**

---

El consumo es un acto esencialmente de contenido económico. Está íntimamente ligado a la circulación de la riqueza y abarca las relaciones entre los integrantes de la cadena de producción, distribución y comercialización –a quienes en el desarrollo del trabajo denominamos productores o empresarios– y el consumidor.

El interés por el estudio de estas relaciones particulares en el ámbito jurídico nace a partir de la observación de la realidad de la contratación en nuestros días, en que puede cotidianamente notarse una asimetría en el poder de negociación, con la existencia de una parte fuerte (productor) y otra parte débil (consumidor); en la masificación de la producción y el consumo, que han traído consigo una estandarización de los contratos, imponiendo la contratación a través de adhesión a condiciones generales; en la influencia de la publicidad y las técnicas de marketing; la particularidad del sistema de responsabilidad objetiva y solidaria; en fin, en una serie de especificidades que definen lo que nosotros consideramos la base del actual Derecho Privado, teniendo presente que el sujeto de esta rama del Derecho, –el “ciudadano de a pie”, “el hombre común”–, es el consumidor, demandando una legislación especial que tome en cuenta las circunstancias apuntadas, inspirada en un afán protectorio, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre las partes y las consecuentes prestaciones.

Estas asimetrías pueden ser observadas en diferentes ámbitos. Así, la existente –generalmente– en el aspecto del mayor poder económico del empresario frente al consumidor. También –en la amplia mayoría de los casos– puede notarse el carácter de experto del proveedor –respecto de los bienes o servicios que pone en el mercado y sus condiciones– y de profano del consumidor. Por último, aquella que tiene un carácter inexorable, y es la supe-

rrioridad en el aspecto jurídico que tiene el proveedor, al ser quien tiene la posibilidad de predeterminar el contenido del contrato, sin dar luego espacio para negociación alguna.

Estimamos a ésta última como de mayor relevancia y que se presenta en todos los casos de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, que constituye el medio más usual de negociación en las relaciones de consumo.

Es en este contexto que resulta sumamente frecuente la incorporación de cláusulas de tipo abusivo, en aquellos contratos a los que el consumidor sólo tiene la opción de adherir en su totalidad o no contratar.

Evidentemente, este tema produce honda preocupación a los operadores del Derecho, por las inequidades que trae consigo y resulta, por tanto, un campo de estudio interesante, a los efectos de intentar delinear alguna propuesta preventiva y correctiva de dichas conductas abusivas.

Se pretende conseguir un justo y delicado equilibrio entre la autonomía de la voluntad, las exigencias del mercado y los valores esenciales de la persona, tomada como centro y fin del Derecho Privado.

La necesidad de protección de los consumidores resulta de la existencia de un mercado imperfecto que, por tanto, no puede autorregular, a través de oferta y demanda, la equivalencia en las prestaciones, tal como lo pretende la teoría de Adam Smith, a través de la “mano invisible”.

Son cada vez más las relaciones de consumo y su incidencia en la actividad económica y social. De ello deriva claramente la importancia de su regulación jurídica adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden público económico de coordinación”<sup>1</sup> mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de establecer un “*mínimum* inderogable”, mediante normas prohibitivas que limiten la autonomía privada, en cuanto pretenda afectar estas “garantías mínimas”<sup>2</sup>, establecidas en resguardo del orden público, entendido como “modelo societario definido por el Derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores”<sup>3</sup>.

En tal sentido, sabemos que el Derecho resulta la herramienta válida para establecer los límites axiológicos a las normas del mercado.

**En el Derecho del Consumidor se parte de una base muy sólida: la necesidad de protección. No se trata de un Derecho “imparcial” o “neutral”, sino tuitivo.**

---

<sup>1</sup> Alterini Atilio A. 1998. Contratos Civiles- comerciales-de consumo. Teoría General, pág. 49. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

<sup>2</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. 2003. Consumidores, pág. 29. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

<sup>3</sup> Lonardo, Loris. Ordine pubblico e illiceità del contratto. Nápoles: ESI, 1993, pág. 137. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. 2005. Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2005. Lima. Perú.

El artículo 42 de la Constitución Argentina<sup>4</sup> establece la protección de los derechos de consumidores o usuarios de bienes y servicios, otorgándoles la máxima jerarquía. Menciona, entre otros, a la protección de los intereses económicos, la información adecuada y veraz, las condiciones de trato equitativo y digno, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la educación para el consumo y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Porción importante en esta protección está constituida por el establecimiento de normas que combatan la inclusión de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, vistas las numerosas posibilidades de su afectación por este medio, como una de las herramientas más utilizadas por los empresarios para burlar los intereses económicos de los consumidores.

**De la problemática expuesta, se advierte claramente la amplitud de la proyección del fenómeno del consumo y de su necesidad de regulación, teniendo presente el contexto jurídico, económico y social. Es por ello que hemos decidido acotar el marco de la presente investigación al tema de las “Cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, y más específicamente, en la República Argentina.**

## II.- METODOLOGÍA

---

La tesis cuya síntesis se presenta ha sido planteada en el marco del “Régimen Especial de Doctorado de la Universidad Nacional del Nordeste, creado por Resolución N° 531/98 del Consejo Superior, y ha sido aceptado para su elaboración –previa evaluación externa acerca de los méritos para su admisión como proyecto viable y la circunstancia acerca de su presentante, de poder “auto dirigir” el trabajo de tesis, conforme a sus antecedentes– mediante Resolución del mismo Cuerpo Colegiado.

### II. 1.- Situación Problemática

La problemática a abordar, en un principio, se ha resumido en las siguientes preguntas:

---

<sup>4</sup> Esta disposición establece que "los consumidores o usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control".

1) ¿Qué sistema normativo de control de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores sería conveniente en la legislación Argentina?

2) ¿Qué cláusulas pueden ser identificadas por su naturaleza abusiva en la contratación con consumidores, en la República Argentina?

## **II. 2.- Objetivos**

Los objetivos que se determinarían *ab initio*, han sido definidos como:

1) Determinar los sistemas normativos más convenientes para el control de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación Argentina.

2) Establecer los factores intrínsecos que pueden cualificar como abusivas las cláusulas insertas en la contratación con consumidores, en la República Argentina.

**La pretensión de esta tesis ha sido generar teoría acerca del tema propuesto. Dicha tarea se ha encarado a través de un análisis comparativo cualitativo, mediante el examen cuidadoso y análisis crítico de los datos recogidos.**

**En un segundo momento, se han generado ideas y conceptos y se los ha relacionado, directa o indirectamente. Se ha profundizado el estudio a través del método histórico-lógico, intentando descubrir la esencia del objeto, las relaciones y conexiones entre los conceptos e ideas obtenidas.**

**Todo el proceso nos ha conducido a “generar teoría”, que nos llevara a concluir con los objetivos propuestos. Ésta ha sido construida con los datos derivados inductivamente a partir de los fenómenos que se representan en ella; datos que han sido descubiertos, desarrollados y analizados críticamente, a fin de caracterizarlos.**

**Por último, la elaboración de la propuesta se ha realizado utilizando el método inductivo, tomando como base la teoría generada, aplicándola en forma acotada al ámbito de la contratación con consumidores en la República Argentina –determinado en forma inicial–, y teniendo presente los datos que hacen a su idiosincrasia jurídica y humana y el contexto histórico, político, económico y social en que pretende imbricarse en la legislación.**

## **II. 3.- Originalidad de la propuesta**

Podemos mencionar, brevemente, aquellas cuestiones que le otorgan el carácter de “original” a la tesis presentada.

Éste deviene de la concreta propuesta de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, 24.240, en cuestiones atinentes al tratamiento de las cláusulas abusivas en la contratación, tanto desde una modificación específica de su artículo 37, cuanto de la incorporación de un catálogo de cláusulas abusivas, que ha sido elaborado *ad effectum*, como artículo 37 bis,

más allá de algunas propuestas de medidas preventivas y sancionatorias, con el objeto de combatir la utilización de dichas condiciones lesivas.

### **III.- TEMARIO ABORDADO**

---

En el trabajo de tesis se ha abordado un desarrollo gradual del tema de estudio, partiendo de la delimitación del ámbito subjetivo y objetivo del Derecho de Consumo; refiriendo en este último ítem a los contratos de consumo y las condiciones generales de la contratación, como sustrato material.

En ese marco, se ha hecho referencia a la evolución de los principios de interpretación de los contratos, desde los clásicos a los de consumo y las condiciones generales, con sus respectivas particularidades.

Se ha delineado un concepto de cláusula abusiva, y a partir de ello, se ha investigado sobre el control de las condiciones generales –ámbito en que generalmente se insertan aquellas–.

Se ha expuesto acerca de los parámetros para la revisión del contrato, el régimen sancionatorio de las cláusulas abusivas, las consecuencias derivadas de su declaración de nulidad y la necesidad de integración del contrato –como método de pervivencia del negocio–.

Se ha opinado acerca de la conveniencia de la elaboración de un catálogo de cláusulas abusivas, junto con propuestas de medidas preventivas y correctivas, para evitar la utilización de cláusulas abusivas, en la legislación argentina.

Se ha elaborado una propuesta de reforma del artículo 37 de la ley 24.240, así como un catálogo de cláusulas abusivas, que se propone incorporar como artículo 37 bis de la ley 24.240.

Se ha realizado un pormenorizado epílogo, en que se refiere las propuestas desarrolladas y los resultados obtenidos. Por último, se han incluido una serie de conclusiones, producto del proceso investigativo llevado a cabo y del análisis de los datos obtenidos y la elaboración de la tesis presentada.

### **IV.- RESULTADOS OBTENIDOS**

---

**Los resultados obtenidos en la investigación, serán ordenados por distintos ítems, a saber:**

IV. 1.- Propuesta de medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas

Las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en el ámbito de la República Argentina están previstas en el texto de su actual normativa. Tal vez sólo sea conveniente recordarlas, con el fin de llamar la atención acerca de su implementación o la mejora de la que ya existe.

Así, podemos referirnos:

- a. Al “control administrativo previo”, que estimamos puede ser profundizado y perfeccionado en su aplicación.
- b. Resulta imprescindible la agilización y fortalecimiento de la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho de Consumo, a efectos de posibilitar la generalización de los reclamos y su pronta solución.
- c. Otra de las acciones propuestas está relacionada con la intensa “difusión de los derechos del consumidor”, puesto que ello podrá permitir su conocimiento y posterior reclamo y aplicación, generando un respeto impuesto desde el mismo destinatario de aquellos.
- d. Dentro de la misma línea, se encuadra la implementación del mandato constitucional –repetido en la Ley 24.240–, de brindar educación al consumidor, a cargo –principalmente– del Estado.
- e. El fomento de la creación de Asociaciones de Consumidores, legalmente constituidas, constituye una deuda pendiente para el Estado y para la población misma.
- f. El establecimiento de la gratuidad inicial de las actuaciones ante la justicia, en esta materia, resultaría un elemento más para permitir el definitivo arraigo de este particular Estatuto y de sus principios tuitivos.
- g. También sugerimos la profundización de las investigaciones sobre el tema, desde distintos ámbitos –educativos, del sistema de ciencia y técnica, del sector empresario, de las asociaciones de consumidores–, con el objeto de esclarecer la problemática con más precisión y proponer soluciones viables.

Puede observarse que los medios están previstos y dispuestos; ahora resulta necesaria la decisión de poner al Estado al servicio de la implementación de estas medidas preventivas, y sumar las voluntades de los interesados, respecto de la porción que les compete, como ciudadanos responsables, solidarios y participativos.

#### **IV. 2.- Propuesta de medidas correctivas para aplicar en casos en que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas**

Como medidas correctivas para aplicar en casos en que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en la República Argentina, proponemos la profundización de las medidas que ya se encuentran vigentes.

Es misión del Poder Judicial contribuir, con el rigor en la aplicación de las leyes, en el logro de la justicia y la paz social.

El fortalecimiento de medios alternativos de resolución de conflicto resulta de vital importancia para la efectiva vigencia de estos derechos, atento su fácil acceso, la prontitud de sus soluciones, y la posible gratuidad de las actuaciones ante dicho ámbito. Igualmente, el estudio del desarrollo efectivo de un Sistema Nacional Arbitral de Consumo.

Como medida innovadora, se propone la creación, en el ámbito de la autoridad de aplicación, de un “Registro de proveedores sancionados por la

inclusión de cláusulas abusivas en sus condiciones generales de la contratación”, tanto en el ámbito administrativo como judicial, debiendo implementarse reglamentariamente.

#### **IV. 3.- Propuesta de reforma del artículo 37 de la ley 24.240**

Consideramos que el artículo 37 de la Ley 24.240 adolece de alguna “desprolijidad legislativa”, que proponemos enmendar mediante una reforma a su texto, únicamente en el párrafo correspondiente a la enumeración que determina la condición de lesiva de una cláusula.

Estimamos que las hipótesis propuestas abarcan con mayor amplitud, pero a la vez precisión, los distintos “continentes” en que podrán subsumirse los supuestos concretos que se presenten, y excedan el catálogo de cláusulas, que se propone en el capítulo siguiente, con carácter de “lista negra”.

El texto propuesto para la primera parte del artículo 37 de la Ley 24.240, es el siguiente:

“Interpretación: Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:

- 1.- Amplíen los derechos del productor o limiten los que correspondan al consumidor.
- 2.- Restrinjan obligaciones del productor.
- 3.- Impidan o limiten el derecho de defensa del consumidor.
- 4.- Contradigan el plexo normativo vigente en la materia.

Consideramos que en estos enunciados se encuentra previsto un amplio espectro de situaciones que tornan abusiva una cláusula contractual y que puede ser utilizado como parámetro para la estimación de tal carácter, ante cada caso particular sometido a estudio.

#### **IV. 4.- Catálogo de cláusulas abusivas propuesto para su inclusión en la ley de defensa del consumidor argentina**

Se ha elaborado un catálogo de cláusulas abusivas, que se propone incorporar a la Ley 24.240, en carácter de “lista negra” –de nulidad absoluta e ineludible– Sus fundamentos son expuestos en el cuerpo del estudio, así como el texto propuesto para incorporar como artículo 37 bis.

#### **IV. 5.- Propuestas desarrolladas**

Como resultado de todo el proceso investigativo, proponemos:

- 1) La reforma al texto del artículo 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, conforme se expone en el capítulo correspondiente.
- 2) La incorporación de una “lista negra” de cláusulas que deberán ser consideradas abusivas, y por tanto declaradas nulas, de pleno derecho, que sugerimos se incorpore como artículo 37 bis, de la Ley 24.240.

3) Una propuesta teórica acerca de las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en la contratación con consumidores, en la Argentina.

4) Una propuesta teórica acerca de las medidas correctivas a aplicar en los casos que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en nuestra legislación.

#### **IV. 6.- Resultados**

En virtud de todo lo expuesto, pueden mencionarse los siguientes resultados:

- Se ha confirmado el fundamento de la investigación, en el sentido de la profusa utilización de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, en la República Argentina, que diera origen a la preocupación que motivara el estudio.
- Se ha realizado un análisis crítico de la legislación nacional y comparativo de las legislaciones de los cuatro países integrantes del MERCOSUR y de algunos otros países que se consideraron particularmente interesantes, así como la normativa comunitaria de la Unión Europea.
- Se ha establecido que la mayoría de los contratos de consumo se celebran mediante adhesión a condiciones generales de la contratación.
- Se ha determinado que la modalidad de contratación mencionada en el ítem anterior es propicio para la incorporación de cláusulas abusivas.
- Surge imprescindible establecer la “tutela inhibitoria sustancial que vede la mencionada inclusión”<sup>5</sup>, a través de medios preventivos y sancionatorios.
- Se ha concluido que puede considerarse a la protección del “débil jurídico” como un principio general del Derecho, máxime en el área del Derecho del Consumidor.
- Se han estudiado los sistemas de protección contra las cláusulas abusivas, actualmente vigentes en el país y comparado con los de otros países.
- Se ha propuesto la reforma del artículo 37 de la Ley 24.240, con el objeto de precisar su enunciado referente a supuestos de abusividad de cláusulas contractuales, con carácter general y abierto.
- Se ha considerado que la incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor, de una “lista negra” de cláusulas abusivas puede resultar conveniente y valiosa, para conseguir una más amplia protección del consumidor.
- Se ha elaborado un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, en la contratación con consumidores, en la República Argentina.

---

<sup>5</sup> Considerandos de la Resolución 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

- Se ha visto como necesario el fortalecimiento de controles respecto de las condiciones generales de la contratación; para el caso en estudio, respecto de los contratos de consumo.
- Se ha elaborado una propuesta teórica acerca de las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en la contratación con consumidores, en nuestro país.
- Se ha desarrollado una propuesta teórica acerca de las medidas correctivas a aplicar en los casos que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en este medio.
- Se ha detectado la posibilidad y avizorado la conveniencia de la existencia de normas comunitarias o de una armonización legislativa, en el ámbito del MERCOSUR, acerca del tema de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, con el objeto de facilitar la aplicación de la normativa y, consecuentemente, la protección del consumidor.

## V.- CONCLUSIONES

---

Por todo lo expuesto en el desarrollo de la tesis, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- La incorporación de cláusulas abusivas en un contrato constituye una flagrante violación del estándar de buena fe y debe interpretarse conforme a los principios “*favor debilis*”, “*in dubio pro consumatore*” y “*contra proferentem*”.
- Resulta necesaria la reforma del artículo 37 de la Ley 24.240, a efectos de establecer con más precisión las hipótesis generales y abiertas de definición de lesividad de cláusulas contractuales.
- Resulta conveniente incorporar como artículo 37 bis de la Ley 24.240, una “lista negra” de cláusulas que deberán ser consideradas abusivas.
- Como se desprende de la lectura sistémica de la Ley, con la inclusión propuesta supra, se mantiene el sistema abierto para la determinación del carácter abusivo de las cláusulas –aunque más preciso–, con el fin de poder subsumir en él cualquier supuesto en que se detecte una situación lesiva, aunque no estuviera expresamente prevista.
- La incorporación de listas de cláusulas que se consideran abusivas, así como la correspondiente sanción, resulta conveniente teniendo en consideración el incipiente desarrollo en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los casos concretos, a pesar de su carácter de orden público.
- En todos los casos en que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, deberá tenderse a la conservación del contrato.
- Fuera del ámbito estricto del Derecho de Consumo, se ha valorado la conveniencia de regular legislativamente acerca de las “condiciones generales de la contratación”.

➤ Es necesario agilizar los sistemas de reclamaciones y fortalecer la aplicación de métodos alternativos de resolución de los conflictos derivados de relaciones de consumo, para permitir la verdadera vigencia de los derechos.

➤ La gratuidad de los procedimientos, tanto administrativos como judiciales como alternativos, debe ser sustentada por el Estado, como forma de garantizar la “defensa en juicio”, o “defensa de los derechos”, principios de raigambre constitucional.

➤ Deviene conveniente implementar acciones de educación al consumidor dentro de los sectores de educación formal y no formal.

➤ Se considera de suma importancia y utilidad la organización de amplias campañas de difusión de los derechos del Consumidor, a efectos de permitir su conocimiento, para posibilitar reclamos, ante los incumplimientos respectivos.

➤ Estimamos posible y beneficioso, tender a la armonización de la legislación en materia de Consumo, en el ámbito del MERCOSUR, tanto a través de Resoluciones del Grupo Mercado Común, cuanto de Directivas – en caso de resultar necesario– así como del trabajo de juristas en el derecho comparado entre los cuatro países y la consecuente tarea de su armonización.

➤ Más allá de todas esas conclusiones, reflexionamos acerca de la importancia que debe darse a la implementación y efectiva vigencia del Derecho del Consumidor, que tiene como sujeto central al “hombre común”, el individuo –de allí su alcance prácticamente universal–, a quien debemos el esfuerzo por brindarle un sistema jurídico equitativo y justo, haciendo operativa la tutela de sus derechos económicos, de la protección en su carácter de “débil” en la negociación, de su efectivo acceso a la solución de conflictos, de la eventual reparación oportuna de daños que pudiera sufrir; medidas, todas éstas, que le permitirán el ejercicio de la dignidad, el acceso a la realización de sus derechos de raigambre constitucional y, con ello, el mejoramiento de su calidad de vida.

## ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	1
II. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	17
a. Dimensión Epistemológica	17
1. Título de la tesis	17
2. Situación problemática y nutrientes	17
3. Objeto	19
4. Problema	19
5. Objetivos	19
6. Marco teórico	20
b. Dimensión de Estrategias en general	25
1. Tipo de estrategia metodológica	25
2. Relevancia académica	27
3. Originalidad de la propuesta	27
III. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO DEL TEMA DE LAS “CLÁUSULAS ABUSIVAS” EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	28
a. Legislación alemana	28
b. Legislación francesa	33
c. La Directiva Comunitaria 93/13, del Consejo de la Comunidad Económica Europea	35
d. El Código Civil italiano	39
e. La legislación española	42
f. El Código de Defensa del Consumidor brasileño	46
IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	50
V. ÁMBITO SUBJETIVO	64
VI. ÁMBITO OBJETIVO	88
a. Contratos de consumo	88
b. Condiciones generales de la Contratación	94
VII. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	112
1. Principios Clásicos	112
a. Autonomía de la voluntad	114
b. Buena fe	119
c. Doctrina de los “actos propios”	154
d. “Alterum non laedere”	157
e. Conservación del contrato	157
2. Principios de Interpretación de los Contratos de Consumo	158
a. Interpretación típica	158
b. “In dubio, pro consumatore”	159
c. “Contra proferentem” o “Contra stipulatorem”	164
d. Funcionalidad	166
e. Conservación del contrato de consumo	167
VIII. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA	170
IX. CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES	

DE LA CONTRATACIÓN	176
IX.1. Control administrativo previo	178
IX.2. Control jurisdiccional	180
IX.2.a. Control de inclusión	180
IX.2.b. Control de interpretación	
181	
IX.2.b.1. Principios de Interpretación de las Condiciones Generales de la Contratación	182
IX.2.b.1.1. Regla de la Prevalencia	183
IX.2.b.1.2. Regla de la condición más beneficiosa	184
IX.2.b.1.3 Interpretación “contra proferentem”	185
IX.2.c. Control de contenido	188
X. REVISIÓN DEL CONTRATO	192
XI. RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	194
XII. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	197
XIII. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO	201
XIV. CONVENIENCIA DE LA ELABORACIÓN DE UN CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	206
XV. PROPUESTA DE MEDIDAS PREVENTIVAS PARA EVITAR LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	214
XVI. PROPUESTA DE MEDIDAS CORRECTIVAS PARA APLICAR EN CASOS EN QUE SE DETECTE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS	219
XVI. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY 24.240	221
XVIII. CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS PROPUESTO PARA SU INCLUSIÓN EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ARGENTINA	222
XIX. EPÍLOGO	226
XIX.1. Propuestas desarrolladas	227
XIX. 2. Resultados	227
XX. CONCLUSIONES	230
XXI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	235
1. Libros	235
2. Revistas	247
3. Legislación	255
4. Sitios de Internet	256

## **Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina**

**María Laura Estigarribia Bieber**

“Los apetitos no deben ser desencadenados libremente; el más débil tiene necesidad de ser protegido contra el más fuerte, los más honestos y confiados contra los más voraces y astutos. En este aspecto, como en otros muchos, el Derecho se opone a la fuerza y realiza, de manera más o menos afortunada, la justicia en la libertad”.

Josserand

### **I. INTRODUCCIÓN**

---

---

El consumo es un acto esencialmente de contenido económico. Está íntimamente ligado a la circulación de la riqueza y abarca las relaciones entre los integrantes de la cadena de producción, distribución y comercialización –a quienes en el desarrollo del presente trabajo denominaremos productores o empresarios– y el consumidor. Ésta resulta una patente demostración de la estrecha relación entre la Economía y el Derecho y la interacción entre ambas disciplinas.

Las relaciones que se establecen, derivadas del hecho del consumo resultan de muy diversa índole. Es así que podemos mencionar a la existente entre el fabricante y el comerciante; entre el fabricante y el transportista;

entre el importador y el comerciante; entre el comerciante distribuidor y el comerciante al público; entre el fabricante o el comerciante y las empresas de marketing; y, por último, entre cualquiera de los empresarios y el consumidor. Igualmente de diversas son las derivaciones en el campo económico, social, y jurídico de estos intercambios. Esto pone de manifiesto que nos encontramos frente a un “acto complejo”.

Su trascendencia económica deviene del hecho que el consumo, en cierto modo, determina la producción de bienes y servicios, que constituye una de las principales bases de la economía de un país. Es decir, si deja de existir o disminuye el consumo, proporcionalmente lo hará la producción, distribución y comercialización, afectando seriamente la actividad económica y generando consecuencias tanto a escala Macro (provincial, regional, nacional o internacional), como en el nivel Micro (referente a las Empresas y a los individuos mismos). Es que “el tema de la protección del consumidor es, en rigor, tutela del mercado, saneamiento de las relaciones de cambio o del tráfico negocial”<sup>6</sup>.

El interés por el estudio de estas relaciones particulares en el ámbito jurídico nace a partir de la observación de la realidad de la contratación en nuestros días, en que puede cotidianamente observarse una asimetría en el poder de negociación, con la existencia de una parte fuerte (productor) y otra parte débil (consumidor); en la masificación de la producción y el consumo, que han traído consigo una estandarización de los contratos, imponiendo la contratación a través de adhesión a condiciones generales; en la influencia de la publicidad y las técnicas de marketing; la particularidad del sistema de responsabilidad objetiva y solidaria; en fin, en una serie de especificidades que definen lo que alguna parte de la doctrina llama “Nueva rama del Derecho” y que nosotros consideramos la base del Actual Derecho Privado, teniendo presente que el sujeto de esta rama del Derecho, el “ciu-

---

<sup>6</sup> ROSATTI, Horacio D., Rodolfo C. BARRA, Alberto M. GARCÍA Lema, Héctor MASNATTA, Enrique PAIXAO y Humberto QUIROGA LAVIÉ. 1994. *La Reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, pág. 90. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

dadano de a pie”, “el hombre común”, es el consumidor, demandando una legislación especial que tome en cuenta las circunstancias apuntadas, inspirada en un afán protectorio, con la finalidad de reestablecer el equilibrio entre las partes y las consecuentes prestaciones.

Consideramos que la mencionada disparidad de fuerzas tiene tres dimensiones: 1) económica, ya que en la mayoría de los casos el empresario posee mayor poder en tal sentido; 2) cognoscitiva, puesto que el proveedor es el experto en la cosa o servicio que ofrece y posee mayor información y el consumidor, generalmente, es el profano; carente o deficiente de aquella; y 3) jurídica, derivada de la facultad ejercida por el proveedor, de determinar el contenido del contrato y que para el consumidor deja solamente la posibilidad de adherir o no al texto y condiciones predefinidas.

Estimamos a ésta última como de mayor relevancia y que se presenta en todos los casos de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, que constituye el medio más usual de negociación en las relaciones de consumo.

La necesidad de protección de los consumidores resulta de la existencia de un mercado imperfecto que, por tanto, no puede autorregular, a través de oferta y demanda, la equivalencia en las prestaciones, tal como lo pretende la teoría de Adam Smith, a través de la “mano invisible”.

Deviene particular la trascendencia económica del Derecho del Consumidor, que radica en la posibilidad de influir, a través de la legislación, en el establecimiento de reglas claras, que determinen las conductas a observar y las consecuencias posibles de su incumplimiento y que generarán necesidad o posibilidad de cálculos de costos y beneficios para cada una de las partes intervinientes en el mercado.

Son cada vez más las relaciones de consumo y su incidencia en la actividad económica y social. De ello deriva claramente la importancia de su regulación jurídica adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden pú-

blico económico de coordinación”<sup>7</sup> mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de establecer un “*mínimum inderogable*”, mediante normas prohibitivas que limiten la autonomía privada, en cuanto pretenda afectar estas “garantías mínimas”<sup>8</sup>, establecidas en resguardo del orden público, entendido como “modelo societario definido por el Derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores”<sup>9</sup>.

Ahora bien, las relaciones de consumo se desarrollan en el ámbito del Mercado. Los objetivos económicos del Mercado son la productividad, la eficiencia y la obtención de las máximas utilidades y su centro es el “hombre económico”; sin embargo corresponde al Derecho aportar el aspecto ético-axiológico, que tiene como centro a la “persona humana”, que incluye las defensas de todos sus derechos fundamentales.

El “hombre”, en su faz económica, durante su vida experimenta una cantidad enorme y variable de necesidades reales y creadas –deseos–, fomentadas enfáticamente con la herramienta de la publicidad, mediante sus artilugios de promover modas, caducidades anticipadas de cosas aún útiles, símbolos de *status*, belleza. El hecho de que cada hombre de alguna manera deba o quiera adquirir esos bienes para satisfacer esas necesidades hacen del mismo un consumidor o usuario; una dimensión de “persona humana” sometida a las “presiones del mercado”.

“La lógica del consumo invade todos los ámbitos, una lógica que se basa, entre otros aspectos, en la seducción. Lipovetscky dice que la seducción se ha convertido en el proceso general que tiende a regular el consumo, la organización, la información, la educación y las costumbres. ... La cultura

---

<sup>7</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. 1998. *Contratos Civiles – comerciales - de consumo. Teoría General*, pág. 49. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

<sup>8</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, pág. 29. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

<sup>9</sup> LONARDO, Loris. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Nápoles: ESI, 1993, pág. 137. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2005. *Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2005. Lima. Perú.

posmoderna es la del “*feeling*” y la de la emancipación individual extensiva a todas las categorías de edad y género”<sup>10</sup>.

Se conoce como un hito en el camino por conferir al consumidor un status específico, al Mensaje al Congreso, pronunciado por el Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, el 15 de marzo de 1962, cuando dijo: “Los consumidores, todos nosotros por definición, representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en caso todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tenida en cuenta”, resumiendo estos conceptos en su célebre frase: “consumidor, por definición, nos incluye a todos”. En esta ocasión se puso en evidencia la necesidad de intervención de los operadores jurídicos, para ocuparse de esta problemática de alcance global, de tan extensa e importante proyección, dando nacimiento al Derecho de Consumo, del que se ha dicho que “es un sistema global de normas y principios, institucionales y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva”<sup>11</sup>.

“El correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante, la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores, que garantice a éstos, la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo”<sup>12</sup>. Esto se debe a la inexistencia de un mercado perfecto y, por tanto, a la insuficiencia de los

---

<sup>10</sup> BORRÁS CATALÁ, Vicent. 1998. *El consumo, un análisis sociológico. La estructuración del consumo y los grupos sociales en la región metropolitana de Barcelona*, pág. 45. Editorial Cedecs S.L. Barcelona. España.

<sup>11</sup> STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ. 1993. “Ley de defensa del consumidor”. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1993-IV, pág. 871. Buenos Aires. Argentina.

<sup>12</sup> STIGLITZ, Gabriel. 1997. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, pág. 111. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

mecanismos de este mercado, en la regulación de las relaciones negociales, en su aspecto jurídico y en la protección de quienes detentan la posición del “débil jurídico”.

Existen diversos medios de protección. Así, la normativa sobre competencia, que si bien regula las relaciones entre empresarios o comerciantes, incide en forma directa sobre la transparencia del mercado y en salvaguarda de la lealtad, en beneficio del consumidor. “Sobre la base propuesta por la teoría del mercado de competencia perfecta definida por Adam Smith (siglo XVIII), el Nobel de Economía Milton Friedman acuñó una de sus propuestas más conocidas (1970), según la cual en una economía libre la empresa tiene una y solo una responsabilidad social: utilizar los recursos y realizar actividades orientadas a aumentar los beneficios, siempre que cumpla con las reglas del juego, es decir, actuando en competencia libre y abierta, sin fraude ni engaño. ... Esta idea permite obtener resultados positivos, no solo en la faceta económica sino también en aspectos fundamentales para la supervivencia,... como son la confianza del mercado, la reputación, la fidelidad y la legitimidad de la sociedad”<sup>13</sup>.

El artículo 42 de la Constitución Argentina<sup>14</sup> establece la protección de los derechos de consumidores o usuarios de bienes y servicios, otorgándoles la máxima jerarquía. Menciona, entre otros, a la protección de los intereses económicos, la información adecuada y veraz, las condiciones de trato equitativo y digno, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales,

---

<sup>13</sup> [www.aeca1.org/comisiones/rsc/articulocincodiasago.htm](http://www.aeca1.org/comisiones/rsc/articulocincodiasago.htm). Diario Cinco Días. “Mercado Perfecto y Responsabilidad Social Corporativa”. 6/8/03, pág. 1.

<sup>14</sup> Esta disposición establece que “los consumidores o usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”.

la educación para el consumo y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

En lo que refiere a la protección de los intereses económicos, el derecho consagrado en dicho artículo se relaciona con la obligación del Estado acerca de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. Ello se consigue estableciendo normas acerca de la producción, distribución y comercialización de productos y servicios, de tal manera que éstos sean prestados de la forma más satisfactoria, y de ejercer un adecuado control de su cumplimiento.

Asimismo, el Estado debe vigilar que las prácticas de producción y comercialización se realicen dentro del marco normativo en cuanto a la competencia leal y efectiva, y con normas claras en lo atinente a la responsabilidad del fabricante, que garanticen que los artículos o servicios satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad, seguridad y fiabilidad y sean aptos para el fin a que se destinan; así como a las garantías obligatorias, y su exigibilidad; estableciendo un adecuado control. De esta manera, el Estado debe hacerse cargo de que el Consumidor o Usuario puedan tener el máximo aprovechamiento de sus recursos económicos; así como promover la posibilidad de su acceso al consumo.

Porción importante en esta protección está constituida por el establecimiento de normas que combatan la inclusión de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, vistas las numerosas posibilidades de su afectación por este medio, como una de las herramientas más utilizadas por los empresarios para burlar los intereses económicos de los consumidores.

Pasando a otro tema, también incluido en el artículo 42, debemos recordar que el núcleo central de la normativa del derecho a la información y de la publicidad, en Argentina, está constituido, además de la Ley de Defensa del Consumidor, por aquellas atinentes a la Lealtad Comercial y la Defensa de la Competencia, por la íntima interrelación de sus disposiciones, que abordan desde distintos ángulos la tan compleja relación de consumo.

La obligación de informar resulta de suma importancia en la etapa precontractual puesto que es la que permite la decisión razonada y, consecuentemente, el perfeccionamiento de la relación negocial. Es por ello que se exige que ésta sea brindada en forma cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente<sup>15</sup>.

Ahora bien, resulta dable destacar que la especificación del concepto de obligación de informar requiere deslindarla del instituto de la publicidad, si bien puede interpretarse que ésta también integra la información. Tienen en común el pertenecer a la etapa precontractual y una misión concomitante con relación a las cosas y servicios ofrecidos, por lo que resulta de provecho diferenciarlas<sup>16</sup>. En lo que hace a que la finalidad de la primera es brindar información, con precisión acerca de cualidades, atributos, modo de uso, peligros que puede conllevar; del producto o del servicio que el productor ofrece al consumidor, para posibilitarle un consentimiento informado y, por tanto, plenamente válido; sin embargo, la segunda tiene como propósito atraer, persuadir, estimular<sup>17</sup>, captar su voluntad, dando a conocer masivamente un producto y resaltando sus cualidades propias, sin incurrir en ocultamientos, inducir a error, engaño o confusión<sup>18</sup>.

En este sentido, debemos resaltar que la objetividad es requisito de la información, en cambio la publicidad se define por la subjetividad de los intereses que difunde<sup>19</sup>.

En lo que refiere al tema de la publicidad, no se halla ajena a los nuevos paradigmas de relación constituidos por la inmediatez del acceso a la

---

<sup>15</sup> La Ley 24.240 establece el derecho a la información en su artículo 4, cuando dice: “*Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos*”.

<sup>16</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. 1996. “Publicidad y Consumidores”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. T. 5, pág. 74. Santa Fe. Argentina.

<sup>17</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo LORENZETTI. “Información al consumidor y protección de su salud”. Defensa del Consumidor. Pág. 79. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

<sup>18</sup> AMEAL, Oscar J., María F. COMPIANI y otros. 1999. “La obligación de informar”. Derecho del Consumidor, N° 10. Pág. 47. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>19</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1996. “La información en los contratos de consumo”. Derecho del Consumidor N° 7, pág. 48. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

información, el auge de las comunicaciones y la globalización de la economía. Tampoco el consumidor puede sustraerse a esta realidad que condiciona su conducta en forma permanente; pasando de ser quién orientaba la producción de los productos y servicios, a través de sus necesidades, gustos e inclinaciones, a ser aquel a quién va orientada la totalidad de la estrategia de los demás actores de dicha relación, quienes le generan nuevas “necesidades, gustos e inclinaciones”, conforme a los productos que pretenden comercializar, dentro de la lucha feroz de la competencia.

El deber del proveedor es correlativo del derecho del consumidor a la información veraz acerca de las condiciones esenciales del negocio jurídico realizado y las características relevantes de la cosa o servicio a prestarse. Este derecho-deber de información es una derivación del principio general de buena fe, que impone conducta leal, honesta y solidaria a ambas partes.

En este marco, por último, nos referiremos al derecho a la educación del consumidor, también especialmente mencionado. Del mismo modo que significa una obligación para el Estado, resulta un derecho para el consumidor, de singular importancia por la trascendencia de sus consecuencias, en la medida en que es la única herramienta que le permitirá, al conocerlos, defender y reclamar sus derechos.

La Ley 24.240 aborda el tema de “Educación al Consumidor” en su Capítulo 16, artículos 60<sup>20</sup>, 61<sup>21</sup> y 62<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En el artículo 60 se refiere a los Planes Educativos, al decir: “*Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas, debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley*”.

<sup>21</sup> En su artículo 61, aborda el tema de la Formación del Consumidor, cuando norma: “*La formación del consumidor debe tender a: 1) Hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente; 2) Facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor; 3) Orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; 4) Impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones*”.

<sup>22</sup> El artículo 62 se refiere a las Contribuciones estatales, al establecer: “*El Estado nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras con cargo al presupuesto*”

Más allá de las sanciones que puedan aplicarse a las conductas que contravengan la normativa específica, resulta imprescindible que el consumidor se informe acerca de sus derechos para que, conocidos éstos, pueda invocarlos y ejercer su defensa a través de los medios puestos a su disposición por la legislación vigente. Su participación resulta indispensable para la implementación efectiva de la protección que desde el Estado se pretende. Esta participación también puede darse a través de organizaciones no gubernamentales, como las asociaciones de consumidores, que pueden contribuir en esta tarea de formación.

Estimamos de vital importancia para la real vigencia de estos derechos, al énfasis que se ponga en la educación de los consumidores y la difusión de aquellos.

Se ha dicho que “La economía... es la ciencia que estudia al hombre y a sus necesidades,... y el mercado, el lugar donde se encuentran proveedores y consumidores. Es decisivo saber si el mercado tiene leyes. Y si esas leyes son inexorables o cambiables. En qué medida puede incidir el Derecho, en qué medida el Derecho es supraestructura, o es infraestructura. En qué medida es la Economía la que va marcando el rumbo y el Derecho es su seguimiento, o es el Derecho el que marca el hilo de la ejemplaridad y la Economía va por detrás... En qué medida uno avanza y el otro retrocede. En qué medida se compadecen y concilian. En qué medida chocan mercado y derecho”<sup>23</sup>.

En tal sentido, sabemos que el Derecho resulta la herramienta válida para establecer los límites axiológicos a las normas del mercado. Debemos recordar que, en la actual economía globalizada, el standard de la autonomía de la voluntad se encuentra seriamente cuestionado y, con ello, el contrato ha perdido la calidad de “acuerdo negociado entre las partes”, a manos de la

---

*nacional a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores. ...”.*

<sup>23</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1992. “El Derecho Privado y la defensa del consumidor”. Derecho del Consumidor, Nº 2. Director: Gabriel A. Stiglitz. pág. 4. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

contratación predispuesta por una sola de ellas. De aquí surge prístinamente la necesidad de la intervención del Estado, en la función de arbitraje para reestablecer el equilibrio en el sinalagma, estableciendo un régimen tuitivo. “La protección jurídica del consumidor puede entonces resultar de medidas que complementen las reglas de funcionamiento del mercado o de medidas que lo corrijan. Ambas, lejos de contraponerse, se auxilian mutuamente”<sup>24</sup>.

“Las soluciones jurídicas, sustentadas en tal concepción, humanista y solidaria, del derecho contractual, deben garantizar esencialmente, la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores. Buscar elevar la posición del consumidor, en aquellas situaciones donde afloran técnicas agresivas, que comprometen la justicia contractual. Sin perjuicio de otras cuestiones contractuales igualmente trascendentes, la efectiva vigencia de los derechos del consumidor, está fuertemente condicionada, por la posibilidad de acceso a una información adecuada y por la protección contra abusos en las cláusulas contractuales”<sup>25</sup>.

“Respecto al ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La protección indirecta alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, control de la actividad de los grupos transnacionales, etc. Mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos a favor del consumidor”<sup>26</sup>.

A los efectos de lograr este objetivo, el Estado debe diseñar y poner en vigencia el “orden público económico”, al que se ha definido como “el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales, relativas a la

---

<sup>24</sup> ARRIGHI, Jean M. 1991. “Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina”. Derecho del Consumidor, N° 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 28. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>25</sup> MORELLO, Augusto M., Rubén S. STIGLITZ y Gabriel A. STIGLITZ. 1991. “Información al consumidor y contenido del contrato”. En Derecho del Consumidor, N° 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 33. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>26</sup> BOTANA GARCÍA, Gema y Miguel RUIZ MUÑOZ. 1999. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, pág. 29. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. España.

organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna de los contratos”<sup>27</sup>. Éste posee, en visión de Lorenzetti, diferentes facetas.

En su aspecto de “dirección”, el cariz relevante es la “justicia distributiva, son los objetivos económicos que tiene el Estado y que se imponen a la población; desde este ángulo, se observa el contrato en función de las externalidades económicas<sup>28</sup> –el interés de los terceros–; en cuanto al “de coordinación”, tiene como objetivo “controlar la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico”<sup>29</sup>, mediante el establecimiento de principios mínimos inderogables, que sirven de límite a la autonomía privada, configurando el marco del “principio de socialidad”<sup>30</sup>, y en su faz “de protección de la parte débil”, actúa tutelando a una de las partes, restableciendo el equilibrio contractual, quebrado por las desigualdades ya mencionadas.

En este último sentido, este instrumento deberá basar sus principios en “constatar que hay una falla estructural en el mercado, y ayudarla a corregir; ... pretender asegurar una igualdad de oportunidades para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económico-sociales, intervenir con vocación de permanencia, sin distorsionar la autonomía, permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad, convirtiéndose en una garantía procesal y objetiva de la igualdad de oportunidades, para expresar el consentimiento”<sup>31</sup>, todo a fin de garantizar relaciones negociales equitativas y justas.

“Los legítimos intereses económicos representan el derecho que tiene el consumidor de bienes y servicios de contratar en condiciones equitativas, sin padecer abusos por parte del empresario o profesional. El consumidor tiene que estar protegido en las diferentes fases de la contratación: a) en la

---

<sup>27</sup> Ley Española sobre represión de prácticas restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963.

<sup>28</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. Ob. Cit., pág. 32.

<sup>29</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. Ob. Cit., pág. 29.

<sup>30</sup> MESSINEO, Francesco. 1952. *Doctrina general del contrato*, Tomo I, pág. 21. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires. Argentina.

<sup>31</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. Ob. Cit., pág. 27.

etapa previa o de promoción, es menester ponerlo a cubierto del flagelo que significa la publicidad engañosa o inductiva. b) Al tiempo de celebrar el contrato, debe respetarse la libertad del consumidor de contratar (o de no hacerlo) y el derecho de conocer el contenido negocial y sus términos. Asimismo el derecho de no soportar cláusulas abusivas. c) Después de celebrado el contrato, y durante su ejecución, es menester tutelar su derecho a una garantía o servicio post – venta adecuados y a exigir las responsabilidades oportunas”<sup>32</sup>.

“Por su parte, el orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos; su finalidad sería obtener el cumplimiento de la ordenación económica prevista y tendría una eficacia positiva: imponer haceres para establecer la prevista ordenación económica”<sup>33</sup>.

Obviamente, la fijación de los “criterios informativos de la legislación protectoria” dependerá, en cada momento, de la base filosófica y axiológica del sistema y la estructura económica de la sociedad.

En tal sentido, cabe recordar que “en los comienzos de la década del ’60, a partir de la célebre obra de Ronald Coase<sup>34</sup>, “*The problem of social cost*” (el problema del costo social), y el trabajo de Guido Calabresi<sup>35</sup>, “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” (algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y el Derecho de Daños), se sientan las bases de lo que luego se conocería como el Análisis Económico del Derecho, que se caracteriza “... por la aplicación de teorías económicas y métodos empíricos de los economistas al sistema legal.”<sup>36</sup>. Es “una pretensión fundamen-

---

<sup>32</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. 1991. “Publicidad inductiva y engañosa”. Derecho del Consumidor, N° 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 41. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ GONZÁLES, María Paz. 1992. *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8º*, pág. 62. Editorial Trivium S.A. Madrid. España.

<sup>34</sup> COASE, Ronald. 1960. *The problem of social cost*. En Journal of Law and Economics, N° 3. Traducción en español, *El problema del costo social*, en Revista de Estudios Públicos, N° 1. Págs. 81-134.

<sup>35</sup> CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. En Yale Law Journal, N° 70.

<sup>36</sup> TAVANO, María Josefina. 1999. “¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?”. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21, pág. 13. Santa Fe. Argentina.

tal de esta teoría que la totalidad del sistema jurídico pueda analizarse y reformularse mediante la aplicación de un número relativamente pequeño de conceptos económicos fundamentales”<sup>37</sup>. En definitiva lo común y definitorio de este Análisis es la aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho<sup>38,39</sup>.

Reconocemos que no resulta posible ignorar las proyecciones e implicancias económicas del sistema de protección al consumidor; pero sostenemos enfáticamente que no puede adoptarse como criterio rector de la normativa a los principios económicos, que prescinden en forma absoluta de la contemplación de “derechos fundamentales”, asimetrías en la negociación y el orden público económico de protección del débil jurídico. Estos últimos criterios resultan limitativos de la autonomía de la voluntad, en beneficio de aquel que la ve seriamente afectada, mediante la utilización de contratos predeterminados, de adhesión a condiciones generales.

En el Derecho del Consumidor se parte de una base muy sólida: la necesidad de protección. No se trata de un Derecho “imparcial” o “neutral”, sino tuitivo; la propia denominación deja patente esta consideración, por ejemplo, cuando la mayoría de las leyes que se dictan en la materia se titulan como de “defensa del consumidor o usuario”.

No obstante ello, también se reconoce el contexto en que éste microsistema jurídico se desarrolla, porque se trata de una disciplina que sólo cobra importancia en el seno de la moderna sociedad de consumo, y ésta, a su vez, en una economía de mercado. Sólo ésta última brinda el ámbito en el cual puede desarrollarse el Derecho del Consumidor como un cuerpo orgánico y sistemático de normas. Sería absurdo hablar de este Derecho en una economía rudimentaria o sin derechos de propiedad ni libertad contractual,

---

<sup>37</sup> Ídem, pág. 15.

<sup>38</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. 1994. *El Análisis Económico del Derecho*, pág. 27. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España.

<sup>39</sup> PIRIS, Cristian Ricardo. 2004. *Análisis jurídico económico de los factores de atribución de responsabilidad civil por daños al consumidor. Estado actual y proyección de la legislación en el MERCOSUR*. Presentada en la Maestría en Derecho Privado, de la Universidad Nacional de Rosario. Inédita.

así como resultaría absurdo pretender ignorar las circunstancias ya anotadas de masificación de la producción y consecuente standarización de la contratación.

Lo señalado más arriba nos marca que el desafío es doble: proteger al consumidor en la relación de consumo y a su vez no atentar contra las bases del mercado, pues sus efectos se proyectarán a nivel de macro y micro economía.

Resumiendo, es misión del Derecho Privado, entonces, arbitrar entre los requerimientos del mercado y las exigencias de la justicia, proveyendo un “orden jurídico tendiente a lograr un mercado con justicia”<sup>40</sup>; una “utilidad con justicia, un lucro con equilibrio, un intercambio en equidad en el cual prime, en una palabra, la solidaridad negocial”<sup>41</sup>.

Se pretende conseguir un justo y delicado equilibrio entre la autonomía de la voluntad, las exigencias del mercado y los valores esenciales de la persona, tomada como centro y fin del Derecho Privado.

De la problemática expuesta, se advierte claramente la amplitud de la proyección del fenómeno del consumo y de su necesidad de regulación, teniendo presente el contexto jurídico, económico y social. Es por ello que hemos decidido acotar el marco de la presente investigación al tema de las “Cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, y más específicamente, en la República Argentina.

Oportunamente, de la lectura del texto de la Directiva de la Comunidad Económica Europea 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, despertamos a la curiosidad sobre este particular fenómeno que acosa la realidad contractual de nuestros días. A partir de allí comenzamos la observación en la vida real, donde pudimos comprobar la cotidianeidad de su aplicación,

---

<sup>40</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. 1999. “El Proyecto de Código Civil de 1998: perspectiva y prospectiva”. Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), N° 1, 3ª época, pág. 21. Buenos Aires. Argentina. [www.alterini.org/trabajosonline](http://www.alterini.org/trabajosonline)

<sup>41</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1996. “Introducción al Derecho del Consumidor”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5. Pág. 7. Santa Fe. Argentina.

constituyendo el procedimiento que en forma más palpable se materializan las flagrantes desigualdades de las partes que contratan, y el consecuente abuso de la situación de debilidad en que se encuentra el consumidor.

Muchas han sido las situaciones observadas en las que se trasuntaba la angustia e impotencia del afectado por la situación injusta del abuso de la posición dominante del predisponente. Baste recordar las quejas en los medios de prensa. También se ha podido advertir que los informes de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la Nación –hoy Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación–, de las Asociaciones de Consumidores, las consultas en los estudios jurídicos y algunos fallos de jurisprudencia, daban acabada cuenta de la reiteración de esta situación, en diferentes niveles de complejidad e importancia de contratos.

El hecho de la incorporación de cláusulas abusivas en un contrato constituye una conducta claramente antijurídica, y teniendo presente la facilidad que posee el Empresario –predeterminante del contrato– para incluirlas en forma inadvertida, debe el Estado intervenir, en tutela del “orden público económico”.

En el marco de un Derecho Privado con una fuerte tendencia socializante y moralizadora, se nos ha presentado como de vital importancia y actualidad el abordaje de esta faceta del Derecho de la contratación.

Debe destacarse que la mencionada “tarea moralizadora” debe ser equilibrada y abarcar dos direcciones: en primer término, velar por la protección del débil y la indemnidad de sus derechos, y a la vez, impedir que la utilización indebida y abusiva de esa “debilidad”, perjudique a la otra parte, con la consecuente proyección disvaliosa, que afecte, más allá de sus actores, a todo el tejido social, al dañar los valores elementales de la convivencia, establecidos por el principio de Buena Fe-lealtad, destruyendo la confianza recíproca, lacerando, de ese modo, la convivencia en armonía, la paz social y la calidad de vida de toda la comunidad.

## **II. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

---

El presente trabajo ha sido planteado, en su Proyecto original, en el marco del “Régimen Especial de Doctorado de la Universidad Nacional del Nordeste, creado por Resolución N° 531/98 del Consejo Superior, y ha sido aceptado para su elaboración –previa evaluación externa acerca de los méritos para su admisión como proyecto viable y la circunstancia acerca de su presentante, de poder “auto dirigir” el trabajo de tesis, conforme a sus antecedentes– mediante Resolución del mismo Cuerpo Colegiado.

En razón de ello, la presentamos desde esa perspectiva de su dimensión epistemológica y de estrategia general, así como de su implementación y desarrollo.

### **II. a. DIMENSIÓN EPISTEMOLÓGICA**

#### **II. a. 1. TÍTULO DE LA TESIS**

“Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina”.

#### **II. a. 2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA Y NUTRIENTES**

Esta situación problemática ha sido captada, a través de la observación de la realidad cotidiana, del ejercicio profesional y de casos de jurisprudencia, así como de diversas notas de doctrina y noticias aparecidas en la prensa, que daban cuenta de las carencias en la efectividad de la declamada “protección del consumidor”, muy especialmente en las áreas atinentes a la in-

corporación de cláusulas lesivas en la contratación y la de la responsabilidad por daños.

De ambos aspectos, hemos tomado el primero, teniendo en cuenta la cotidianeidad de su ocurrencia, así como el gran número de casos denunciados y el grave daño que produce al “derecho a la protección de los intereses económicos del Consumidor”, que alcanza raigambre constitucional en la República Argentina, a partir de 1994.

Ejerció influencia, asimismo, la observación de las medidas preventivas y correctivas previstas en la legislación extranjera –a veces de países vecinos como Brasil– y, sobre todo, la efectividad de su aplicación en la vida diaria de estos “ciudadanos comunes” –sujetos principales del actual Derecho Privado–.

También determinó la elección como problema de investigación, su proyección de aristas interdisciplinarias, que impactan en los distintos actores de la vida social, económica y jurídica del País, así como la actualidad, proyección y pertinencia que presenta.

Evidentemente, las fuentes del problema son de origen múltiple. Podemos pensar que se debe al sistema neo liberal de mercado impuesto en la década de los 90, en Argentina; a la globalización de la economía; a la estrecha relación que existe entre economía y derecho; a la conducta abusiva de algunos Proveedores; a la falta de difusión de los derechos del consumidor; a la carencia de implementación de su educación; a la desidia para efectuar los reclamos; a la ineficiencia del sistema judicial para dar respuestas a estas, a veces “pequeñas causas”; al profundo malestar que la inequidad en la contratación genera en la comunidad toda; en fin, hasta podríamos invocar causas de corte más filosófico como la del ideal de justicia o la necesidad de proteger al débil jurídico. Lo cierto es que las fuentes son múltiples, de distinto origen y diversa posibilidad de abordaje y solución.

Como ya se manifestara, al exponer la situación problemática, los datos de la realidad, las publicaciones de los medios de comunicación, la actividad de Organismos del Estado y de algunos legisladores, tanto como la de

los Tribunales nacionales, provinciales y arbitral de consumo, la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, han constituido antecedentes eficientes para tomar la decisión de su elección como tema de investigación.

A partir de todo este “marco”, nos hemos preguntado: ¿Qué hace que en algunos países el Consumidor esté más protegido? ¿Resulta apropiada la legislación de protección al Consumidor argentina, en el tema que nos convoca? ¿Existe una carencia normativa o hay deficiencias en su difusión y aplicación? ¿Pueden, desde este ámbito, generarse propuestas para mejorar la protección del Consumidor argentino?

### **II. a. 3. OBJETO**

El objeto de estudio que se ha determinado fue: “Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores y los sistemas normativos de previsión y control, en la legislación Argentina”.

### **II. a. 4. PROBLEMA**

El problema a abordar se ha presentado resumido en las siguientes preguntas:

1) ¿Qué sistema normativo de control de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores sería conveniente en la legislación Argentina?

2) ¿Qué cláusulas pueden ser identificadas por su naturaleza abusiva en la contratación con consumidores en la Republica Argentina?

### **II. a. 5. OBJETIVOS**

Los objetivos que se determinaran *ab initio*, han sido definidos como:

3) Determinar los sistemas normativos más convenientes para el control de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación Argentina.

4) Establecer los factores intrínsecos que pueden cualificar como abusivas las cláusulas insertas en la contratación con Consumidores, en la República Argentina.

## **II. a. 6. MARCO TEÓRICO**

Realmente, el marco teórico ha sido presentado, en esta instancia, en la introducción incluida *supra*. Sin embargo, a modo de breve *racconto*, expondremos un esquema del hilo conceptual que nos animara.

La relación jurídica de consumo tiene como elementos subjetivos al consumidor y al proveedor –en sentido lato– de bienes o servicios. Estableceremos el marco de referencia, definiendo a los protagonistas de esta problemática. Para ello tomaremos los conceptos que nos brinda la ley 24.240 que, en su artículo 1º, dice: “... *Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social*”. Y en su artículo 2º se refiere a los Proveedores de cosas o servicios como “... *todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. ...*”.

Por su parte, el aspecto objetivo del tema está dado por los Contratos de consumo, que son aquellos celebrados entre consumidores y proveedores. En estos contratos, existe una parte fuerte, constituida por el experto - proveedor, y una parte débil, encarnada por el profano - consumidor, de allí que la protección que merece este último le es otorgada en virtud de la distorsión del equilibrio negocial, que deviene de la asimetría señalada, que lo emplaza en la condición de “débil jurídico”.

Esta disparidad de fuerzas en la contratación, establece que los contratos que se celebran son de carácter predispuesto o de adhesión, resultando prácticamente nula la participación del Consumidor en la formación del consentimiento, atento la inexistencia de negociaciones previas, dado el carácter de los actos jurídicos celebrados.

Obviamente, el principio de la Autonomía de la Voluntad se encuentra absolutamente limitado y distorsionado en estos casos, teniendo presente que el proveedor es quién predispone las condiciones para la contratación, resultándole imposible al consumidor discutir las, proponer modificaciones, o realizar contraofertas. De tal manera el consentimiento se limita a la adhesión o aceptación de lo ya predeterminado, a la aplicación del ya usual aforismo: “lo toma o lo deja”.

Un principio cardinal, de aplicación necesaria en el tema que nos ocupa es el de buena fe. Conforme lo dispone el artículo 1.198 del Código Civil argentino: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...*”.

Entendemos por “buena fe” al paradigma que condiciona a un individuo –sujeto de derechos– a obrar en forma leal, honesta, cooperativa, de modo que cada una de las partes intervinientes en el negocio jurídico obtenga el máximo de satisfacción de sus legítimas expectativas.

Evidentemente, es cada vez mayor el número de contrataciones de este tipo y su incidencia en la actividad económica y social tanto en el país como en el MERCOSUR y en el Mundo todo. Baste recordar, en esta instancia, la célebre frase del Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy: “consumidor, por definición, nos incluye a todos. Todos somos consumidores”; que pone de manifiesto la trascendencia económica, social y jurídica de su tratamiento.

De allí deriva claramente la importancia de su regulación jurídica adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden público económico de coordinación”, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de proteger a la parte débil de esta contratación, el consumidor, velando con ello, por el mantenimiento del equilibrio del sinalagma contractual.

Resulta tal la gravitación de los derechos del consumidor, que nuestra Constitución Nacional, en su reforma de 1994 –como la mayoría de las Cartas Magnas del Siglo XX–, ha incorporado con máximo rango, la protección

de los mismos, en su artículo 42. Es dable destacar que la alusión a los consumidores y su protección había sido incluida por primera vez en el país en la Constitución de la Provincia del Chaco, ya en el año 1958.

Ahora bien, los de negocios jurídicos de consumo se instrumentan a través de contratos de contenido predispuesto y celebrados por adhesión a condiciones generales predeterminadas por el proveedor y que no pueden ser discutidas por el consumidor –elimina la etapa de las tratativas–; generándose una absoluta distorsión del principio de equilibrio de las partes.

En el marco de dichos contratos se presenta con harta frecuencia la existencia de cláusulas de tipo abusivas, incorporadas por el proveedor prevaleciéndose de su situación de preeminencia respecto de la otra parte, alterándose la equivalencia de las prestaciones, en perjuicio del Consumidor.

Esta diferencia de poder es, al menos, de tres tipos: económica, atento que el Empresario generalmente tiene, en general, una marcada superioridad en este sentido; de conocimientos e información, teniendo presente que el Empresario es el experto en el tema del que se ocupa y sobre el cual se contrata, teniendo el Consumidor el carácter de profano e inexperto, y jurídica, puesto que el Productor tiene la posibilidad de predeterminar, en forma absoluta –y, generalmente, inamovible–, el contenido contractual.

Pongamos de resalto que, a pesar de la existencia de tales asimetrías, la contratación puede llevarse a cabo en forma correcta y equilibrada, si ambas partes actúan conforme a los principios de legitimidad y buena fe. En el caso de inclusión de cláusulas abusivas, el productor transgrede, principalmente, la obligación de obrar de buena fe, al establecer condiciones manifiestamente inequitativas en su favor y en perjuicio del consumidor, en un contrato con características tan peculiares como el de adhesión, haciendo un uso abusivo de su posición de preeminencia.

Surge palmariamente, por tanto, la necesidad de establecer medidas tuitivas para el Consumidor, determinando consecuencias jurídicas que eviten el abuso que pretenden cometer los proveedores, a través del establecimiento de condiciones lesivas.

En Argentina, la Ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240 no brinda una definición de cláusulas abusivas, se refiere a ellas en el capítulo IX “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”, artículos 37,38 y 39.

Concretamente, el artículo 37 establece: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa...”*.

Como es fácil observar, la Ley argentina describe sólo tres tipos de cláusulas que considera abusivas y, por tanto, ineficaces. Las mismas resultan amplias y abarcativas en su redacción, a diferencia del criterio sustentado por otros cuerpos legislativos, tales como el Código del Consumidor Brasileño o la Directiva de la Comunidad Económica Europea 13/93CEE, que prefieren una mayor precisión al enumerarlas.

Como indispensable elemento hermenéutico podemos mencionar la necesidad de incorporación de Principios Generales de interpretación, adaptados a las particularidades de la contratación de consumo, mediante adhesión a Condiciones Generales de la Contratación, que complementan a los clásicos, tales como *“in dubio pro consumatore”*, *“contra proferentem”*, *“prevalencia de cláusulas negociadas por sobre las generales”*, *“interpretación típica”*, entre otros.

Este plexo normativo-axiológico –sumado a previsiones legales sobre temas puntuales, como el que nos convoca– contribuirá a la efectividad de la acción de los Magistrados que deben entender en los conflictos nacidos, permitiendo –con su flexibilidad– la aplicación dinámica y permanentemente actualizada de la protección al “débil jurídico”.

Como contrapartida, debe bregarse por la seguridad negocial, encarnada en la perdurabilidad del contrato celebrado, en aquella parte que respeta el equilibrio de las prestaciones. Es decir debe exigirse conducta diligente y responsable al Consumidor, convocando al Estado a velar por el mantenimiento o restablecimiento del carácter conmutativo de dichos contratos. Un elemento de vital importancia, a tal efecto, será la interpretación judicial, dado que ella podrá analizar los principios meramente económicos, brindarles el contexto general –político, social, histórico y económico–, el enfoque particular del caso concreto, y, en caso de resultar necesario, aplicar medidas morigeradoras de los excesos, en aplicación de la dimensión axiológica que debe aportar desde la Administración de Justicia, en el marco del sistema económico-jurídico determinado para el País.

La problemática planteada desde el punto de vista jurídico tiene implicancias de contenido multivalentes, de vital importancia, especialmente en una economía de mercado, tal la establecida en Argentina, con las incidencias del mundo globalizado, atento la íntima correlación de los aspectos considerados en distintos órdenes.

Desde otro punto de vista, resulta conveniente destacar la necesidad de difusión de los derechos del consumidor y su formación como tal, que en principio se encuentra dispuesto en el artículo 60 de la Ley 24.240, cuando establece: *“Incumbe al Estado Nacional, las Provincias y Municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas, debiendo proponer a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley”*.

Tomando como base los profundos estudios encarados sobre el tema por destacados juristas, el estado de la jurisprudencia más trascendente, la doctrina y legislación comparada, consideramos posible profundizar y extender el carácter de cláusulas abusivas a algunos supuestos aún no incluidos en la Ley 24.240; para, de esa manera, sugerir una mejor protección de

los Consumidores ante la situación de marcada superioridad de los Proveedores, a través de la propuesta de medidas preventivas y correctivas ante la inclusión de aquellas; así como de la confección de un catálogo de cláusulas que puedan ser consideradas con tal característica.

Estimamos que la presente tesis constituirá un aporte teórico desde la Universidad hacia el Gobierno, poniendo en práctica lo recomendado por la directriz N° 6 aprobada por las Naciones Unidas en 1985, para la elaboración de políticas de protección del consumidor, en un claro afán de inserción pertinente en la Comunidad a la que pertenece y debe sus esfuerzos, comprometida con obtener resultados útiles para la respuesta a problemas locales o regionales, de trascendencia política, económica y social y especial actualidad.

## **II. b. DIMENSIÓN DE ESTRATEGIAS EN GENERAL**

En este orden, se informa cómo se ha organizado la investigación, en relación a la estrategia general metodológica.

### **II. b. 1. TIPO DE ESTRATEGIA METODOLÓGICA**

Partiendo del criterio que la metodología es el conjunto de procedimientos que posibilitan la construcción del dato científico<sup>42</sup> y a los fines de responder a la pregunta de ¿Cómo se investigará?, se han tomado las decisiones que seguidamente comentaremos, que construirían, a lo largo del proceso, nuestro objeto de investigación.

La pretensión de esta tesis ha sido generar teoría acerca del tema “Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores y los sistemas normativos de control, en la legislación Argentina”.

Dicha generación de teoría se ha encarado a través de un análisis

---

<sup>42</sup> ROJAS SORIANO, Raúl. 1990. *Métodos para la investigación social. Una proposición dialéctica*. Editorial Plaza y Valdez. Editores. México.

comparativo cualitativo<sup>43</sup>, es decir a través del examen cuidadoso y análisis crítico de los datos recogidos.

Para ello se ha partido del siguiente supuesto: “la necesidad de una mayor protección al Consumidor, debido a la incorporación de cláusulas abusivas por parte de los Proveedores en los contratos de consumo que, generalmente, son de adhesión”.

El material empírico seleccionado para el estudio ha sido: las normativas sobre Defensa del Consumidor, así como acerca de Condiciones Generales de la Contratación, de los siguientes países: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Perú, en América Latina, y en Europa: España, Alemania, Francia, Italia y las Directivas de la Comunidad Económica Europea –hoy Unión Europea–; una selección de doctrina nacional y extranjera sobre el objeto de estudio y alguna jurisprudencia de particular trascendencia en la materia.

El análisis de este material nos ha permitido comprender y tener conocimiento general sobre el objeto de investigación, a fin de poder determinar características propias de los sistemas normativos existentes en cada legislación como, asimismo, establecer las características de las consideradas cláusulas abusivas; con el fin de realizar un análisis comparativo entre las mismas, un ida y vuelta sobre sus aspectos empíricos. Ello ha permitido conseguir una descripción del fenómeno investigado.

En un segundo momento se han generado ideas y conceptos y se los ha relacionado, directa o indirectamente.

Se ha profundizado el estudio a través del método histórico-lógico, intentando descubrir la esencia del objeto, las relaciones y conexiones entre los conceptos e ideas obtenidas.

---

<sup>43</sup> Se ha optado por la metodología cualitativa debido a la naturaleza del problema de investigación y la proyección que pretendía darse a sus resultados. Se han obviado sus aspectos cuantitativos por estimar que constituye tema suficiente para otra investigación, dadas sus particularidades metodológicas y dificultades de implementación. Sin embargo, estimamos puede constituir un muy interesante objeto de estudio y sus conclusiones resultar de mucha utilidad para la toma de decisiones en la aplicación de políticas legislativas, económicas y sociales.

Todo el proceso nos ha conducido a “generar teoría”, que nos llevara a concluir con los objetivos propuestos. La teoría ha sido construida con los datos derivados inductivamente a partir de los fenómenos que se representan en ella; datos que han sido descubiertos, desarrollados y analizados críticamente a fin de caracterizarlos.

Por último, la elaboración de la propuesta se ha realizado utilizando el método inductivo, tomando como base la teoría generada, aplicándola en forma acotada al ámbito de la contratación con consumidores en la República Argentina –determinado en forma inicial–, y teniendo presente los datos que hacen a su idiosincrasia jurídica y humana y el contexto histórico, político, económico y social en que pretende imbricarse en la legislación.

#### **II. b. 2. RELEVANCIA ACADÉMICA**

La relevancia académica de este estudio está dada por sus proyecciones en áreas de: a) docencia –por cuanto podrá ser utilizada para consulta tanto de docentes cuanto de alumnos, en la temática específica–; b) de investigación –puesto que pone a disposición un trabajo de análisis crítico de la legislación y doctrina comparada y nacional, estableciendo propuestas nacidas de ese estudio; las que también podrán ser incluidas en publicaciones o presentaciones a eventos científicos–; y c) de extensión –desde que puede generar acciones de difusión de los derechos del Consumidor, a nivel de educación informal; de transferencia de sus resultados a instituciones gubernamentales y no gubernamentales y dar origen a acciones de difusión de sus resultados mediante elaboración de material escrito, dictado de conferencias, consultorías a empresas, asociaciones de Consumidores u organismos estatales–.

#### **II. b. 3. ORIGINALIDAD DE LA PROPUESTA**

Como una cuestión posterior al plan originario, y derivado del carácter de esta investigación –tesis doctoral– podemos mencionar aquellas cuestiones que le otorgan el carácter de “original”.

Ésta deviene de la concreta propuesta de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, 24.240, en cuestiones atinentes al tratamiento de las cláusulas abusivas en la contratación, tanto desde una modificación concreta de su artículo 37, cuanto de la incorporación de un catálogo de cláusulas abusivas, que ha sido elaborado *ad effectum*.

### **III. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO DEL TEMA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

---

Realizaremos un repaso, a vuelo de pájaro, por la experiencia jurídica comparada, a través de algunas de las legislaciones extranjeras que consideramos de más trascendencia como antecedentes, en el abordaje del tema de las cláusulas abusivas, principalmente, en la contratación con consumidores.

#### **III. a. LEGISLACIÓN ALEMANA**

La ley alemana de regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, de 9 de diciembre de 1976, que entró en vigor el 1 de abril de 1977 es considerada pionera en el tratamiento del tema. En ella se ha inspirado la misma Directiva de la Comunidad Económica Europea, 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados por Consumidores, que posteriormente fuera transpuesta a los respectivos ámbitos internos de los países integrantes de la Unión, si bien, como surge de su mismo título, esta última acota su ámbito de aplicación.

La Ley Alemana se estructura poniendo su base en la consideración de las Condiciones Generales de la Contratación, como fuente generadora de asimetrías, implementando la tutela de quien considera “débil” –por haber estado compelido a adherir o no contratar–, frente al predisponente; dejando

de lado la condición de éste –si es consumidor, pequeño empresario–<sup>44</sup>. Sin embargo, resulta conveniente la lectura del Capítulo IV, en que se establece el ámbito de aplicación de la Ley, atento que en él se perfilan los casos de excepción, así como particulares supuestos respecto a los contratos celebrados entre profesionales (empresario) y una persona física (consumidor)<sup>45</sup>.

Reconoce, de ese modo, la Ley alemana, la posibilidad de la inclusión de cláusulas abusivas en cualquiera de las situaciones antes aludidas. En efecto, el carácter vejatorio de una cláusula se valoriza en función de que “*perjudique de forma indebida a la contraparte del predisponente, de manera contraria a la buena fe*”; “*no sea compatible con los principios esenciales de la disposición legal de la que difiere*”; o “*se limiten los derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo*”<sup>46</sup>. Ésta es la disposición de carácter general. A ello se agrega una lista de cláusulas prohibidas, “*con posibilidad de valoración*” –que constituyen una “lista gris”<sup>47</sup> –, que incluye supuestos en que puede ser declarada su ineficacia<sup>48</sup>; y una lista de cláusulas prohibidas, “*sin posibilidad de valoración*”<sup>49</sup> –que importan una “lista negra”–, que determina aquellos casos en que la ineficacia debe ser declarada. Ambas listas revisten el carácter de indicativas, pudiendo incorporarse, vía jurisprudencial, supuestos no contemplados.

Determina, a los efectos de establecer el contralor de la inclusión de cláusulas abusivas, al control de contenido, de carácter judicial. La sanción para la inclusión de las cláusulas mencionadas en la “lista negra” es la nulidad y la de las segundas, la anulabilidad; ambas de carácter relativo, parcial, en cuanto no atacan la totalidad del contrato, sino sólo la cláusula vejatoria,

---

<sup>44</sup> Así se desprende de lo dispuesto por su artículo 9, 1º párrafo, cuando dice: “*Cláusula general: Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación serán ineficaces cuando perjudiquen de forma indebida a la contraparte del predisponente, de manera contraria a la buena fe*”.

<sup>45</sup> Ver artículo 24 a) de la Ley alemana: Contratos con consumidores.

<sup>46</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 9.

<sup>47</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 10.

<sup>48</sup> Ver artículo 9 de la Ley alemana.

<sup>49</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 11.

continuando subsistente el vínculo contractual y demás condiciones<sup>50</sup>. Realiza una particular referencia a las “cláusulas sorprendentes”, definiéndolas como aquellas que “*en atención a las circunstancias, en especial, en atención a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponerte no hubiera podido contar con ellas*”<sup>51</sup>.

El tipo de control establecido por la Ley es el de contenido, a cargo del Poder Judicial. Resulta interesante poner de resalto la difusión que pueden adquirir los fallos que hagan lugar a reclamaciones solicitando la declaración de abusividad de cláusulas vejatorias, mediante, al menos, dos vías; “*la facultad de publicación que puede concederse al demandante, en el Boletín Oficial Federal, a costa del demandado y, por otros medios, a costa de aquel*”<sup>52</sup>; y la “*comunicación, de oficio, a la Oficina Federal Antimonopolio, de dichas sentencias, quién llevará un registro de éstas*”<sup>53</sup>. De tal suerte, la decisión judicial excede al contrato individual, extendiendo sus efectos sobre otras situaciones y contratos que hayan sido celebrados sobre la base de idénticas cláusulas declaradas lesivas.

“Sin embargo, este riguroso control contenutístico de carácter judicial reviste no pocos problemas. En efecto, en una investigación realizada por el profesor Hanz Micklitz, resulta que en 1989 (12 años después de la vigencia de la Ley alemana que estamos comentando), han sido pronunciadas más de diez mil sentencias relativas a cláusulas vejatorias. Ello evidencia dos cosas: que este tipo de control genera un altísimo contencioso y que las empresas no se han adecuado a las prescripciones vigentes, prefiriendo ser convenidas en proceso por el contrayente, en vez de modificar los formularios de acuerdo a las prescripciones establecidas y eliminar preventivamente las cláusulas vejatorias contenidas en los mismos”<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Ver artículo 6 de la Ley, que refiere a las Consecuencias jurídicas en caso de no incorporación e ineficacia.

<sup>51</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 3.

<sup>52</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 18

<sup>53</sup> Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, artículo 20.

<sup>54</sup> ALPA, Guido. “Introduzione”, en *Le clause abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, pág. 13-14. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. 1998. “Las cláusulas vejatorias en

Hemos realizado el estudio de la ley de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación Alemana, en virtud de haber sido la ley base de toda la normativa comunitaria, y de los países de la Unión Europea, a pesar que esta Ley ha sido reemplazada por la Ley de modernización del derecho de obligaciones del Código Civil alemán<sup>55</sup>, desde el primero de enero de 2002, en que entrara en vigor.

Esta nueva ley tiene tres grandes objetivos: 1) Implementar las propuestas de reforma de partes centrales del derecho de obligaciones del Código Civil; 2.) Incorporar al ordenamiento interno las últimas directivas europeas –entre las que se contaba la Directiva 93/13 sobre Cláusulas abusivas en contratos con consumidores–; y 3) incorporar al Código Civil las leyes sobre protección de los consumidores y usuarios.

En lo que concierne a la incorporación de las leyes especiales sobre protección de consumidores y la transposición de directivas comunitarias, la ley distingue los aspectos generalizables de los tipos contractuales previstos por las leyes especiales del derecho de consumo<sup>56</sup> –contratación a distancia, derecho de desistimiento en contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles–, de los diferentes tipos o subtipos contractuales del derecho de consumo, de derivación comunitaria<sup>57</sup> –merece destacarse la completa reelaboración de los contratos de compraventa y de préstamo o crédito–<sup>58</sup>. En otro orden, podrían destacarse como de especial relevancia el nuevo sistema de prescripción, tanto por lo que respecta a sus plazos como a las reglas para su cómputo, suspensión e interrupción, en que se ha establecido un nuevo

---

los contratos estipulados unilateralmente”. En: Revista *Thémis*, N° 38. Lima. Perú. 1998. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>55</sup> Ley de modernización del derecho de obligaciones del Código Civil Alemán (BGB), de 26 de noviembre de 2001, publicada el 29 de noviembre de 2001 en el Boletín Oficial Federal.

<sup>56</sup> Éstas se ubican en el Capítulo II, del Libro II del Código Civil Alemán (BGB), relativo a las obligaciones contractuales.

<sup>57</sup> Éstos incluidos en el Capítulo VIII del Libro II del Código Civil Alemán (BGB), correspondiente a la parte especial del derecho de las obligaciones y contratos.

<sup>58</sup> LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2002. “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”. Revista Electrónica *InDret* 01/2002, pág 3. [www.indret.com](http://www.indret.com)

plazo general de tres años<sup>59</sup>, un criterio subjetivo para el inicio de su cómputo –basado en el conocimiento o su posibilidad, por parte de acreedor, de las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona del deudor, una vez nacida la pretensión–. Establece un sistema de cómputo del plazo, que comienza siempre a contarse de manera estandarizada el primer día del año posterior a la ocurrencia del hecho generador<sup>60</sup>. Establece plazos especiales unificados, de diez años para las pretensiones sobre bienes inmuebles<sup>61</sup> y de treinta años para pretensiones de restitución de la propiedad, las de derecho de familia y sucesiones o las establecidas por sentencia firme<sup>62</sup>. Sin embargo, no afecta a la regulación especial de la prescripción en la ley de responsabilidad por productos defectuosos<sup>63</sup>.<sup>64</sup>

En lo que refiere a la responsabilidad contractual, la nueva normativa establece un “sistema en el que el deudor puede excusar –o negar– el cumplimiento de la prestación en la medida en que, de acuerdo con el contenido y la naturaleza de la obligación, no haya podido llevarlo a cabo, siempre que la prestación no consiste en la entrega de una cantidad de dinero”. Con esta formulación se pretende dar un carácter abierto al sistema de responsabilidad contractual del BGB que permita fundamentar todas las pretensiones resarcitorias en la letra de la ley, llevando a ella lo que está en la realidad de la práctica”<sup>65</sup>.

Otro aspecto que habría para destacar, en este rápido repaso de las modificaciones introducidas al Código Civil alemán, es el de la nueva previsión del capítulo dedicado originariamente a las personas naturales, que aho-

---

<sup>59</sup> Ver § 195 del Código Civil alemán.

<sup>60</sup> Ver § 199 del Código Civil alemán.

<sup>61</sup> Ver § 196 del Código Civil alemán.

<sup>62</sup> Ver § 196 del Código Civil alemán.

<sup>63</sup> El § 12 de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos prevé un plazo de prescripción de tres años, con un criterio subjetivo para el inicio de su cómputo y en el parágrafo 13 establece el plazo máximo de prescripción en diez años.

<sup>64</sup> LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2004. “Proyecto de ley de adaptación de las disposiciones sobre prescripción a la ley de modernización del derecho de obligaciones en Alemania”. Revista Electrónica InDret 3/2004. [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>65</sup> LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2001. “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”. Revista Electrónica InDret 2/2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)

ra se denomina “Personas naturales, consumidor, empresario”, en una clara tendencia a incorporar a estos sujetos de la actividad económica, con sus particulares circunstancias ante el derecho de contratos<sup>66</sup>. De este modo se incorpora la legislación particular sobre consumo al Código Civil, sin haber variado los conceptos originales, pero otorgándoles un lugar de prevalencia, como actores principales del Derecho Privado<sup>67</sup>.

Consideramos oportuna la referencia a esta reforma al Código Civil alemán, puesto que, entre otras cosas, ha sido motivada por la necesidad de transposición de las Directivas Comunitarias, de las cuales varias versan sobre cuestiones atinentes a la materia en estudio. Efectivamente, la decisión de incorporar la normativa sobre consumo en el Código Civil, ha sido una posición contraria a la sostenida hasta tal momento, en que tal traspaso se realizaba mediante leyes especiales sobre cada materia. Ésta ha constituido una reforma-modernización conceptual del Derecho Privado alemán. La integración realizada por el Código Civil alemán “supone un gran paso hacia la transparencia y la comprensión de las normas con relación a un ordenamiento totalmente fragmentado en leyes especiales a que parecía tenderse”<sup>68</sup>.

### **III. b. LEGISLACIÓN FRANCESA**

Posteriormente a la Ley Alemana, en 1978, se ha dictado en Francia la Ley N° 78/23. Como es fácil observar, siguiendo los pasos de aquella, y enrolada en la entonces moderna filosofía protectora. Dictada la Directiva 93/13/CEE, ya mencionada, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de la adaptación de la legislación interna a la Directiva Comunitaria, Francia dicta la Ley N° 95/96, titulada Cláusulas abusivas y presentación de los contratos

---

<sup>66</sup> Así, el § 9 del Código Civil alemán define al consumidor como “*la persona física que celebra negocios jurídicos que por su finalidad no pueden vincularse a su actividad empresarial o profesional*”. Por su parte, el § 10 del mismo cuerpo normativo, describe al empresario como “*la persona física o jurídica que celebra negocios jurídicos en el ejercicio de su actividad empresarias o profesional*”.

<sup>67</sup> LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2002. Ob. Cit., pág. 8. [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>68</sup> LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2001. Ob. Cit., pág. 9. [www.indret.com](http://www.indret.com)

de diversas actividades de orden económico y comercial, de 1 de febrero de 1996, actualmente vigente.

La nota más diferenciante de las leyes francesas es la acotación de su ámbito de protección al ámbito exclusivo de las relaciones de consumo, a diferencia de la extensión a todos los contratantes mediante condiciones generales, sostenida por la Ley Alemana. Sin embargo, la Corte de Casación francesa ha extendido las medidas tuitivas a algunos empresarios que demostrasen su situación de debilidad, fundamentando sus decisiones en la situación de asimetría habida entre las partes y la consecuente vulnerabilidad de una de las partes.

Siguiendo el criterio de la directiva, el criterio diferenciador de los sujetos intervinientes en el contrato es la calidad de “profesional” de uno de ellos, por oposición a la de “no profesional o consumidor”<sup>69</sup>, del otro.

Coincide con su par alemana en cuanto limita la posibilidad de revisión de las cláusulas que establecen el objeto principal del contrato<sup>70</sup>.

Establece solamente una “lista gris”, de carácter indicativo, e impone la anulabilidad parcial, toda vez que el contrato pueda subsistir sin las cláusulas “tenidas por no puestas”<sup>71</sup>. Declara que las disposiciones del artículo en comentario son de orden público.

Posee un anexo a la Ley –también llamada Código de Consumo– que especifica, aunque no en forma exhaustiva, el elenco de cláusulas, condicionando que “*podrán ser consideradas abusivas si cumplen las condiciones*

---

<sup>69</sup> Ley Francesa 95/96, sobre Cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial, Capítulo III, Sección 1.- Protección de los consumidores contra cláusulas abusivas, artículo L. 132.1, 1º párrafo: “*En los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o efecto crear, en detrimento del no-profesional o del consumidor, un desequilibrio, significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato*”.

<sup>70</sup> Así lo establece su artículo L.132.1, en el penúltimo párrafo, cuando dice: “*La apreciación del carácter abusivo de cláusulas en el sentido del párrafo 1 –que transcribimos en la nota anterior- no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o de la remuneración al bien vendido o al servicio ofrecido*”.

<sup>71</sup> Ley francesa sobre Cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial, artículo L.132.1, in fine.

establecidas en el párrafo 1”; y determinando que el demandante “no podrá ser dispensado de probar el carácter abusivo de la cláusula”<sup>72</sup>.

“El derecho francés se dirige hacia un sistema de eliminación de las cláusulas abusivas que asocia estrechamente la acción de los jueces con la de la Comisión para las cláusulas abusivas. Con el Decreto No. 93-314, del 10.03.93, se establece que “cuando, con ocasión de una instancia, se eleva la cuestión acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual, el juez puede solicitar a la Comisión para las cláusulas abusivas, con una decisión no susceptible de recurso, su dictamen sobre el carácter abusivo de esta cláusula (...). El dictamen no vincula al juez. La Comisión da a conocer su propio dictamen dentro de un plazo máximo de tres meses. Sin embargo, pueden ser adoptadas las medidas urgentes o cautelares necesarias”<sup>73</sup>. Esta Comisión es un órgano de carácter consultivo”<sup>74</sup>.

### **III. c. LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13, DEL CONSEJO, DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**

La Directiva 93/13 CEE toma sus bases tanto la experiencia alemana como la francesa y con razón se afirma que se compararía con “un cuerpo alemán vestido con alguna ropa francesa”<sup>75</sup>. En efecto, se debe al modelo alemán el nacimiento de la directiva así como gran parte de su contenido característico (desde la “lista” de las cláusulas abusivas al principio de buena fe, desde la regla de nulidad parcial hasta la arquitectura procesal). Del

---

<sup>72</sup> Ley francesa sobre Cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial, artículo L.132.1, 3º párrafo.

<sup>73</sup> GESTIN y MARCHESSAUX, op. cit., 93-94. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. 1998. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: Revista *Thémis*, N° 38. Lima. 1998. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>74</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 1998. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: Revista *Thémis*, N° 38. Lima. 1998. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>75</sup> ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Rivista di Diritto Civile*, año XL, primera parte, CEDAM, Padova, 1994, 279. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

modelo francés se ha asumido la terminología de *professionnelles* y *consommateurs*<sup>76</sup>, así como de *clauses abusives* y *contrat d'adhésion*<sup>77</sup>.

Define las cláusulas abusivas, reduciendo su aplicación a “*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, relacionando la conducta con el Standard de la buena fe y estableciendo el marco de aplicación en el “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*”<sup>78</sup>.

La Directiva acota el carácter de consumidor sólo a las personas físicas<sup>79</sup>; aplicando, para la aplicación de tal calidad el criterio de la “no profesionalidad” de la contratación de que se trate. Con igual criterio, toma de la Ley Francesa –su antecedente en este ítem– la denominación de “profesional”<sup>80</sup>, para definir al sujeto pasivo de la relación objeto de su reglamentación. Compartimos plenamente la observación que “la palabra “profesional” es una mala traducción de término francés “*professionnel*”, que significa “operador (económico) profesional”<sup>81</sup>.

Especifica limitaciones a su ámbito objetivo de aplicación, en los casos de cláusulas que “reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, disposiciones o principios de los Convenios internacionales, en es-

---

<sup>76</sup> Ver artículo 1 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>77</sup> ROPPO, Ob. Cit., pág. 279. Citado por: Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>78</sup> Directiva 93/13 CEE, artículo 3: “*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*”.

<sup>79</sup> Directiva 93/13 CEE, artículo 2: “*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: inciso b) “Consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”.

<sup>80</sup> Directiva 93/13 CEE, artículo 2: “*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: inciso 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*”.

<sup>81</sup> CABELLA PISU, “Art. 1469-bis, comma 3, nn. 1, 2 e 15”, en *Commentario al codice civile. Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura de Cesaro, Volumen I, CEDAM, 1996, 119. Citado por: Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

pecial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte”<sup>82</sup>.

Adopta igual criterio que la Ley alemana en lo que hace a los caracteres distintivos de una cláusula abusiva, elaborando una cláusula de carácter general<sup>83</sup>, en tal sentido, y remitiendo a una “lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”<sup>84</sup>. Impone cierta limitación al tipo de cláusulas que pueden ser objeto de revisión, cuando habla de “cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general”<sup>85</sup>. Fija los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, excluyendo expresamente de este análisis a aquellas que se refieran 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”<sup>86</sup>.

Deviene interesante un análisis somero de los considerandos de esta norma comunitaria. De ellos surgen algunos objetivos tenidos en cuenta, que se han observado como de particular relevancia, como orientadores de la posterior legislación en lo que hace al tema que nos ocupa. Entre ellos, nos resultan dignos de destacar: “que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales”; “la exigencia de buena fe y que los profesionales pueden cumplir dicha exigencia tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”; “la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino un carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden acrecer”; “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación cali-

---

<sup>82</sup> Ver artículo 1 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>83</sup> Ver artículos 3.1 y 2 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>84</sup> Ver artículo 3.3 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>85</sup> Ver artículo 7.2 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>86</sup> Ver artículo 4 de la Directiva 93/13CEE.

dad/precio de la mercancía o de la prestación”; “que en otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, las cláusulas recién mencionadas, haciendo una expresa exclusión de los contratos de seguros, en virtud que dichos factores se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada”; “que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles y que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor”; “que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”<sup>87</sup>.

Evidentemente, de una interpretación sistemática de la Directiva podemos concluir en que la lista de cláusulas abusivas contenidas en el Anexo, resulta de carácter indicativo y no exhaustivo<sup>88</sup>; que la ineficacia que se decreta será de carácter relativo y parcial, teniendo presente que menciona que “pueden” ser declaradas abusivas<sup>89</sup>; y que no vincularán al consumidor “las cláusulas abusivas”, disponiendo que “el contrato siga siendo obligatorio para las partes, en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”<sup>90</sup>; y que se remite a un contralor de contenido de carácter judicial o administrativo, conforme a cada derecho nacional”<sup>91</sup>.

Se ha propuesto una clasificación del elenco de cláusulas abusivas, contenido en esta directiva, que en sus rasgos más generales las divide en:

- 1) Cláusulas de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.
  - a) Cláusulas relativas a la disponibilidad del vínculo, cuando se establece que la empresa arbitra y determina la formación o la continuidad

---

<sup>87</sup> Ver considerandos de la Directiva 93/13CEE.

<sup>88</sup> Ver artículo 3.3 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>89</sup> Ver artículo 3.3 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>90</sup> Ver artículo 6.1 de la Directiva 93/13CEE.

<sup>91</sup> Ver artículo 7.2 de la Directiva 93/13CEE.

del vínculo contractual, mientras el consumidor queda, sin posibilidad de elección, vinculado al contrato.

b) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del consumidor, en éstas “la asimetría de las posiciones contractuales emerge en la forma de un particular agravio de la responsabilidad del consumidor, al cual no se apareja un régimen de responsabilidad de la empresa igualmente severo”<sup>92</sup>

c) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad de la empresa, que se dan cuando se prevé un tratamiento particularmente favorable para la empresa, estableciendo exclusiones o limitaciones de su responsabilidad por incumplimiento, o sustrayendo al consumidor garantías o remedios legales normalmente ofrecidos contra la parte que no cumple.

2) Las cláusulas de sorpresa “exponen al consumidor al riesgo de encontrarse implicado en situaciones contractuales diversas (y más desventajosas) respecto de aquellas que éste podía razonablemente imaginar o prever”<sup>93</sup>. Dentro de éstas se pueden encontrar en tres niveles, a saber:

a) La sorpresa sobre el vínculo, se presenta cuando la situación nueva e imprevista en la cual se coloca al consumidor se refiere a la permanencia del vínculo contractual (que podría resultar disuelto cuando el consumidor piensa que continuaba o, viceversa, que sigue existiendo cuando el consumidor entendía que se había extinguido)<sup>94</sup>.

b) La sorpresa sobre la regulación, se da “cuando el consumidor está expuesto a sufrir las modificaciones de los contenidos contractuales (modalidades de derechos y obligaciones recíprocos de las partes) inesperados para éste”<sup>95</sup>.

Cabe resaltar que el mismo anexo establece claramente la inaplicabilidad del carácter de abusivas a algunas las cláusulas sobre el “*ius variandi*”,

---

<sup>92</sup> ROPPO, Ob. Cit., pág. 288. Citado por: Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>93</sup> Ídem, pág. 289.

<sup>94</sup> Ibídem, pág. 279.

<sup>95</sup> Ibídem, pág. 279.

toda vez que éstas hayan sido incorporadas por un prestador de servicios financieros, acogiendo, de este modo, la particularidad de dichas situaciones y la necesidad de no interferir en el mercado con una protección excesiva, que produzca consecuencias no deseadas en el campo económico.

### **III. d. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO**

Italia ha transpuesto la Directiva Comunitaria 93/13 utilizando una metodología diferente, incorporando sus normas en el articulado del Código Civil de 1942, mediante una reforma aprobada por la Ley N° 52, de 6 de febrero de 1996, que introduce el Capítulo XIV bis, dedicado a los “Contratos del consumidor” –artículos 1.469 bis a 1.469 *sexties*–, como último del Título dedicado a los Contratos en general.

En el mismo sentido que la Directiva 93/13, considera consumidor sólo a la persona física, y utiliza a la actividad profesional o empresarial como distintiva<sup>96</sup>; establece que serán vejatorias las cláusulas que, “*no obstante la buena fe, comporten para el consumidor un significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones derivados del contrato*”<sup>97</sup>; excluye del análisis a las cláusulas acerca de la determinación del objeto del contrato y a la adecuación de la contraprestación con los bienes y servicios<sup>98</sup>; y establece las excepciones para la consideración del “*ius variandi*” como lesivo, en el caso de la prestación de servicios financieros y otros similares<sup>99</sup>. Denomina a las cláusulas abusivas como “vejatorias” y establece un marco, mediante la incorporación de principios generales tales como la buena fe –parámetro para determinar la vejatoriedad de la cláusula–<sup>100</sup>; la interpretación *pro consumatore*<sup>101</sup>; el de la prevalencia de las cláusulas especiales por sobre las generales<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> Ver artículo 1.469 bis. 2 del Código Civil Italiano.

<sup>97</sup> Ver artículo 1.469 bis. 1 del Código Civil Italiano.

<sup>98</sup> Ver artículo 1.469 ter. 1 del Código Civil Italiano.

<sup>99</sup> Ver artículo 1.469 bis.4, 5, 6 y 7 del Código Civil Italiano.

<sup>100</sup> Ver artículo 1.469 bis.1 del Código Civil Italiano.

<sup>101</sup> Ver artículos 1.341, 2° párrafo y 1.469 quáter.2 del Código Civil Italiano.

<sup>102</sup> Ver artículo 1.342 del Código Civil Italiano.

Deviene oportuno destacar la posibilidad que otorga al Empresario el Código Civil Italiano, de “probar en contrario”<sup>103</sup> del carácter vejatorio de las cláusulas. Esta decisión es vista como un debilitamiento de la protección al Consumidor. Esta situación ha generado la crítica de quien sostiene que “considerar que, por el simple hecho de sentarse en la mesa de negociaciones, haga venir a menos el peligro de un sometimiento es una descubierta ingenuidad, agravada por el hecho de ponerse en manifiesta contradicción con aquel que parecía ser el criterio-guía de la nueva disciplina”<sup>104</sup>. Este modelo jurídico, diseñado por el legislador italiano, se aparta de aquel esbozado por la directiva comunitaria<sup>105</sup>.

Tomando el modelo de la Ley alemana, determina una “lista negra” de cláusulas consideradas vejatorias, aún cuando hayan sido objeto de negociación<sup>106</sup>; y una “lista gris”, que sólo presume la vejatoriedad<sup>107</sup>, salvo prueba en contrario –en el sentido que revisten el carácter de cláusulas negociadas–, como ya comentáramos. Siguiendo el derrotero señalado, la ineficacia será parcial, de la o las cláusulas declaradas como lesivas, optándose por la subsistencia del contrato, mediante integración, en caso de resultar necesario; sin embargo, se opta por un régimen de ineficacia absoluta –para el caso de las incluidas en la lista negra–; y otra relativa –para las correspondientes a la lista gris–.

“Constituye una gran preocupación por parte de la doctrina italiana la carga de la prueba de la tratativa, eximente de la calificación de vejatoria, en las cláusulas preredactadas unilateralmente. El último párrafo del actual art. 1469-ter establece que *“en el contrato concluido mediante suscripción de módulos o formularios predispuestos para disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, corresponde al profesional la carga*

---

<sup>103</sup> Ver artículo 1.469 bis.3 del Código Civil Italiano.

<sup>104</sup> LENER, “La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatori”, en *Il Foro Italiano*, Año CXXI, No. 4, abril, 1996, Roma, 147. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>105</sup> Ídem, pág. 154.

<sup>106</sup> Ver artículo 1.469 quinquies del Código Civil Italiano.

<sup>107</sup> Ver artículo 1.469 bis.3 del Código Civil Italiano.

*de probar que las cláusulas, o los elementos de cláusula, aunque sean unilateralmente predispuestos por el mismo, hayan sido objeto de específica tratativa con el consumidor*". Por consiguiente, en la hipótesis de un contrato de adhesión estipulado sin el recurso a dichos módulos o formularios, se determina en desventaja del consumidor, la inversión de la carga de la prueba"<sup>108</sup>.

### **III. e. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Con un sensible retraso, y encontrándose ya vencido el plazo legal, España traspuso la Directiva 93/13, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, mediante Ley 7, de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Su mismo título define el criterio adoptado por este país; definir como ámbito objetivo los contratos celebrados mediante utilización de condiciones generales, cualquier sea la calidad de la persona involucrada, sea consumidor o usuario o no lo sea –la cuestión es brindar protección de la igualdad de los contratantes–; y determina su ámbito subjetivo, refiriéndose al profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–<sup>109</sup>.

En el mismo preámbulo realiza la diferencia entre el concepto de condición general y cláusula abusiva, definiendo a esta última como la que *“contra las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, tenga o no el carácter de condición general”*<sup>110</sup>. Menciona que las condiciones generales de la contratación pueden darse tanto en relaciones entre

---

<sup>108</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit. (No se consigna la página en virtud de contar con una copia en versión electrónica, cedida gentilmente por su autor).

<sup>109</sup> Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación, N° 7/98, artículo e: *Ámbito subjetivo. 1) La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3) El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”.*

<sup>110</sup> Ver Exposición de Motivos, 4° párrafo de la Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación, N° 7/98.

profesionales entre sí o entre estos y consumidores; y reserva el ámbito de las cláusulas abusivas sólo para los consumidores<sup>111</sup>.

Establece claramente las reglas de interpretación aplicables a los contratos celebrados en base a condiciones generales, exponiendo claramente el principio de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, aunque realizando una particular excepción, al decir “salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

También impone la interpretación *contra proferentem*; y remite, supletoriamente a las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos<sup>112</sup>.

Determina la “no incorporación<sup>113</sup>” o la “nulidad” de las cláusulas lesivas, incorporando a esta última categoría, “en particular, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor”<sup>114</sup>. Opta por un control judicial de contenido<sup>115</sup>, creando un Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>116</sup>, de carácter público, con finalidad de publicidad –en una clara actitud de medidas preventivas de su inclusión–. Se inscribirán las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, con carácter preventivo la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa; las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones ya mencionadas.

Establece plazo de prescripción para las acciones colectivas de cesación y retractación –dos años desde el momento que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar–, mencionando que, no obstante, podrán ser ejercitadas en

---

<sup>111</sup> Ver Exposición de Motivos, 5° y 6° párrafos de la Ley española N° 7/98.

<sup>112</sup> Ver artículo 6 de la Ley española N° 7/98.

<sup>113</sup> Ver artículo 7 de la Ley española N° 7/98.

<sup>114</sup> Ver artículo 8 de la Ley española N° 7/98.

<sup>115</sup> Ver artículo 9 de la Ley española N° 7/98.

<sup>116</sup> Ver artículo 11 de la Ley española N° 7/98.

todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual. Establece la imprescriptibilidad de la acción declarativa<sup>117</sup>.

Pone a cargo de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como de los Corredores de comercio, en el ámbito de sus competencias, advertir de la aplicabilidad de esta Ley sobre Condiciones Generales de la contratación, y velar por su cumplimiento en los documentos que autoricen<sup>118</sup>.

Mención aparte merece la modificación que, mediante esta Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, se introduce a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>119</sup>. En primer lugar, destaca que, en adelante, el párrafo b) del apartado 1) del artículo 2, quedará redactado de la siguiente manera: “*La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos...*” En la reforma al artículo 10, menciona los requisitos que deberán reunir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, siendo de destacar lo dispuesto en su punto 1.c, respecto a la buena fe<sup>120</sup>; y en el punto 2, que refiere a la “*in dubio, pro consumatore*”<sup>121</sup>.

En el ítem tres de las Disposiciones Adicionales, se añade un nuevo artículo 10 bis, referido en forma detallada al tema de las cláusulas abusivas, su definición, la obligación de la carga de la prueba por parte del profesional, acerca que una determinada cláusula ha sido negociada; la apreciación

---

<sup>117</sup> Ver artículo 19 de la Ley española N° 7/98.

<sup>118</sup> Ver artículo 23 de la Ley española N° 7/98.

<sup>119</sup> Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Española, 26/1984, de 19 de julio.

<sup>120</sup> Ley española N° 7/98, disposición adicional primera, Dos: El artículo 10 queda redactado en los siguientes términos: c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

<sup>121</sup> Ley española N° 7/98, disposición adicional primera. Dos: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

de la cláusulas teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de ese contrato o de otro del cual éste dependa; aplica la sanción de nulidad, de pleno derecho a las condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo; ratifica el principio de nulidad parcial e inmediata integración del contrato, por el Juez; y sólo como última alternativa la posibilidad de declarar la ineficacia del contrato.

En el párrafo seis, establece una lista de cláusulas abusivas, que reviste el carácter de lista negra, si tomamos en cuenta lo específicamente determinado en el cuerpo de la Ley<sup>122</sup>.

Como puede observarse, a pesar de haber optado España por establecer una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en transposición de la Directiva Comunitaria 93/13CEE, hace una expresa y específica referencia a la influencia de éstas en los contratos de consumo, consagrando para tales supuestos una mayor protección, partiendo de la situación de asimetría en el poder de negociación y la necesidad de tutela del Consumidor, poniendo de relieve la “complementariedad que en el ordenamiento español ha quedado establecida entre la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Esta complementariedad se mostrará singularmente en los contratos celebrados por consumidores y usuarios que sean suscritos por medio de condiciones generales; si bien, como ya han señalado algunos autores, acaso dicha complementariedad también se manifieste en un sentido contrario, al modo en que la jurisprudencia alemana ha interpretado el párrafo 9 de la Ley sobre Condiciones Generales de 1976, haciendo aplicación “analógica” de algunas normas relativas exclusivamente a los consumidores en el ámbito

---

<sup>122</sup> Ley española N° 7/98, artículo 8, 2: “*En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

de la contratación empresarial o profesional (posibilidad que desde mi punto de vista debe ser sopesada más detenidamente, porque acaso interfiera en nuestro sistema de fuentes)”<sup>123</sup>.

### **III. f. EL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO**

Dentro de los países de América Latina daremos un breve panorama acerca del tratamiento del tema de estudio en la Legislación Brasileña, antecedente inmediato de todas las legislaciones de países del MERCOSUR.

Dicha normativa posee una particularidad, cual es el estar contenida en un Código de Defensa del Consumidor. Ahora bien, ese rasgo merece adentrarse un poco en su historia, para intentar determinar la razón de tal denominación. Es así que “la opción por una “codificación” de las normas de consumo, en el caso brasileño, fue hecha por la Asamblea Nacional Constituyente”. Es decir que “su fuente inspiradora está directamente en el cuerpo de la Constitución Federal”<sup>124</sup>.

“No resta la menor duda de que el texto constitucional, expresamente, reconoce que el consumidor no puede ser protegido –por lo menos adecuadamente– con base apenas en un modelo privado o en leyes dispersas, muchas veces contradictorias o lagunosas. El constituyente, claramente, adoptó la concepción de codificación, en los pasos de la mejor doctrina extranjera, admitiendo la necesidad de la promulgación de una estructura general para el reglamento del mercado de consumo”<sup>125</sup>.

Se menciona que la transformación, en la denominación de la norma de dictado como Ley y no Código, se debió a una respuesta a los múltiples

---

<sup>123</sup> BADENAS CARPIO, Juan Manuel. 1999. “Comentario a la Disposición adicional primera. Dos: Art. 10.3 LGDCU”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Coordinador), pág. 696. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.

<sup>124</sup> PELLEGRINI GRINOVER y Antonio HERMAN de VASCONCELLOS e BENJAMÍN. “Introducción”, pág. 8. En: Pellegrini Grinover et al. 2001. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª edición, pág. 8. Editorial Forense Universitaria. Río de Janeiro. Brasil. La traducción nos pertenece.

<sup>125</sup> Ídem, pág. 9. La traducción nos pertenece.

*lobbys* de empresarios, que pretendían se le diera el tratamiento de un Código de Fondo, a fin de entorpecer la posibilidad de su sanción, mediante la imposición de mayorías especiales, para su tratamiento. Ante dicha situación, la Legislatura –que consideraba un planteo de excesivo rigorismo formal– decidió sancionar la Ley N° 8.078, aunque de hecho su texto constituye, y así es conocido, un verdadero Código de Defensa del Consumidor, calidad que también le vendría dada por la misma Constitución Federal y de la técnica legislativa aplicada en su texto.

Se ha considerado que “muchos son los beneficios de la codificación, entre los que es importante resaltar que, además de permitir la reforma del Derecho vigente, presenta otras ventajas, tales como, dar coherencia y homogeneidad a una determinada rama del Derecho, posibilitando su autonomía, y también, simplificar y clarificar el reglamento legal de la materia, favoreciendo, de una manera general, a los destinatarios y a los aplicadores de la norma<sup>126</sup>.

En lo que atañe al tema que nos ocupa, que tiene como última ratio a la protección contractual del débil, el Código de Consumidor Brasileño habla de “relación de consumo”, definiendo como elementos de ésta : a) como sujetos, el Proveedor<sup>127</sup> y el consumidor<sup>128</sup>; b) como objeto, los productos y servicios<sup>129</sup>; c) como finalidad, caracterizándose como elemento teleológico de las relaciones de consumo, que sean ellas celebradas para que el consumidor adquiera un producto o utilice un servicios “como destinatario final” (art. 2º, *caput*, última parte, CDC)”<sup>130</sup>.

El legislador brasileño optó por conformar, respecto de las relaciones de consumo, un microsistema de Derecho, con intenciones de ganar auto-

---

<sup>126</sup> Ídem, pág. 9. La traducción nos pertenece.

<sup>127</sup> Ver artículo 3º del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>128</sup> Ver artículo 2º del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>129</sup> Ver § 1 y 2 del artículo 3º del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>130</sup> Esta clasificación fue elaborada por el Prof. Alcides TOMASETTI JÚNIOR, en una conferencia titulada “Para una dogmática de la protección contractual en las relaciones jurídicas de consumo”, pronunciada en la Universidad de San Pablo, el 27/9/90. Citado por Nelson Nery Júnior. 2001. “De la Protección Contractual”. En: Pellegrini Grinover et al. Ob. Cit., pág. 442, cita 4. La traducción nos pertenece.

nomía como rama del Derecho, independiente del Derecho Civil, del Comercial y hasta del Económico. Se ha dicho que “las relaciones de consumo son por demás complejas, exigiendo interacción interdisciplinaria de normas de Derecho Material (Constitucional, Civil, Comercial, Económico, Administrativo y Penal) y de Derecho Procesal (Civil, Administrativo y Penal), para que su ciclo de formación sea delimitado dentro del ya referido microsistema jurídico al cual pertenece”<sup>131</sup>.

Es así que, a pesar de la vigencia del nuevo Código Civil Brasileño<sup>132</sup>, se sostiene que el Código de Defensa del Consumidor mantiene todo su vigor, y aquél sólo actúa en forma supletoria, para aquellas cuestiones que no están específicamente previstas en éste<sup>133</sup>. Es por cuanto ha sido concebido con aquel “microsistema” de características peculiares, a fin de atender la problemática específica de las relaciones de consumo, de donde surgen asimetrías dignas de atención y de la intervención del Estado, en su misión tutelar de los actores sociales más vulnerables. Se menciona al Código de Defensa del Consumidor como una “ley especial sobre relaciones de consumo y ley general, principiología, a la cual todas las demás leyes especiales sectorizadas de las relaciones de consumo, presentes y futuras, están subordinadas”<sup>134</sup>. Establece que las normas de protección y defensa del consumidor son de orden público e interés social, en los términos señalados por la Constitución Federal<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> BOUROIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, Store Scienti, 1988, n° 2, pág. 5. Citado por Nelson Nery Júnior. 2001. Ob. Cit., pág. 443, cita 9. La traducción nos pertenece.

<sup>132</sup> El Código Civil brasileño fue sancionado mediante Ley número 10.406, el 10 de enero de 2002, y entró en vigencia el 11 de enero de 2003.

<sup>133</sup> LIMA MÁRQUES, Claudia. Conferencia pronunciada en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el mes de septiembre de 2005, en un Panel que coordináramos, por gentileza de la Comisión Organizadora.

<sup>134</sup> NELSON Nery Júnior. Ob. Cit., pág. 444. La traducción nos pertenece.

<sup>135</sup> Ver artículo 1° del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

Define como principio básico de las relaciones de consumo a la Buena Fe, como un modo de lograr que haya “transparencia y armonía en las relaciones de consumo”, manteniendo el equilibrio entre los contratantes<sup>136</sup>.

Veda expresamente las prácticas abusivas, brindando una lista ejemplificativa de algunas de ellas<sup>137</sup>. En lo que concierne en forma expresa al tema de las Cláusulas abusivas, incluye una “lista negra” de ellas<sup>138</sup>, que no se estima exhaustiva –teniendo presente la expresión “entre otras”–. Son sancionadas con la declaración de nulidad, de pleno derecho<sup>139</sup>, y de carácter parcial –dado que sostiene que la nulidad de una cláusula contractual abusiva no invalida el contrato<sup>140</sup>–. Evidentemente, establece el control judicial de contenido.

Define a los contratos de adhesión<sup>141</sup>, siendo la primera ley brasileña que se ocupara de tal tema, no habiendo sido desplazada por el actual Código Civil, puesto que éste sólo tangencialmente refiere a ellos<sup>142</sup>.

El Código de Defensa del Consumidor Brasileño posee normas acerca de acciones colectivas para la defensa de intereses individuales homogéneos, a título colectivo, además de las previstas acciones a título individual<sup>143</sup>.

---

<sup>136</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 4º: “*La Política Nacional de las Relaciones de Consumo tienen por objetivo la atención de las necesidades de los consumidores, el respeto de su dignidad, salud y seguridad, la protección de sus intereses económicos, la mejoría de su calidad de vida, así como la transparencia y armonía de las relaciones de consumo, teniendo en cuenta los siguientes principios. III. Armonización de los intereses de los participantes de las relaciones de consumo y compatibilización de la protección del consumidor con la necesidad de desenvolvimiento económico y tecnológico, de modo de viabilizar los principios en los cuales se funda el orden económico (art. 170 de la Constitución Federal), siempre con base en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores*”. (La traducción nos pertenece).

<sup>137</sup> Ver artículo 39 del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>138</sup> Ver artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>139</sup> Ver artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>140</sup> Ver artículo 51, § 2º del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

<sup>141</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 54. “*Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido*”. (La traducción nos pertenece).

<sup>142</sup> Ver artículos 423 y 424 del Código Civil brasileño.

<sup>143</sup> Ver Título III del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

En definitiva, salvo algunas cuestiones puntuales, en que tal vez podría considerarse como más completo, detallado o progresista, en espíritu de la normativa brasileña coincide con los paradigmas del Derecho argentino en la materia, como podrá observarse *infra*.

#### **IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

---

En la República Argentina, los contratos de consumo y los celebrados mediante adhesión a condiciones generales de la contratación, así como la solución a los abusos que en ellos se cometían, estaban sometidos al ámbito del Código Civil, hasta el año 1993, de dictado de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ahora bien, podemos mencionar, en primer término, al Código Civil de Vélez Sarsfield, que a pesar de responder a una concepción absolutamente individualista y liberal –al estilo de los Códigos decimonónicos–, “imponía ciertos límites al principio de autonomía de la voluntad; como los que surgen de los artículos 21, 953, los vicios de la voluntad; la prohibición de la dispensa anticipada del dolo contenida en el artículo 507, entre otros. Incluso, podríamos afirmar que en su plexo normativo se hallaba el esbozo de lo que hoy denominamos cláusulas abusivas en materia de consumo –en el marco del contrato de depósito necesario–”<sup>144</sup>.

La reforma incorporada al Código Civil, mediante el dictado de la Ley 17.711, en 1968, incorporó una flexibilización al principio “*pacta sunt servanda*”<sup>145</sup>, mediante el establecimiento del principio de la buena fe, como informante de toda la actividad negocial<sup>146</sup>; la posibilidad de la revisión del

---

<sup>144</sup> SCHVARTZ, Liliana. 2003. “Cláusulas abusivas en el Derecho del Consumidor. Análisis de la resolución 53/03 de la ex Secretaría de la Competencia, la desregulación y la defensa del consumidor modificada por la resolución 26/03 de la Secretaría de Coordinación Técnica”. *El Derecho*, viernes, 26 de septiembre de 2003, pág. 6. Buenos Aires. Argentina.

<sup>145</sup> Establecido en el artículo 1.197 –que fue mantenido inmutable por la Reforma–, que reza: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”.

<sup>146</sup> Ver artículo 1.198, 1º párrafo del Código Civil argentino.

contrato por excesiva onerosidad sobreviniente<sup>147</sup>; la falta de amparo al ejercicio abusivo de los derechos<sup>148</sup>; la posibilidad de anulación de un contrato, por lesión<sup>149</sup>; y la potestad dada a los jueces, de reducir las cláusulas penales<sup>150</sup> –tema que estaría íntimamente relacionado con el de las cláusulas abusivas–.

Mediante la vía de la legislación especial también se ha abordado el tratamiento del tema; así en la Ley 19.724, de Prehorizontalidad; o en la ley 20.091, de entidades de seguros<sup>151</sup>, la ley 20.680, de abastecimiento, la ley 25.156, de defensa de la competencia, entre otras.

El primer proyecto de Ley de Defensa del Consumidor en Argentina fue presentado por el Senador por la Provincia del Chaco, Dr. Luis León, en el año 1986, siendo de autoría de los Dres. Atilio Aníbal Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz. En su trámite parlamentario –que demoró siete años– tuvo varias modificaciones, manteniendo su espíritu protector. Fue sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 13 de octubre, con vetos introducidos en importantes materias, publicada en el Boletín Oficial el día 15 de octubre del mismo año.

Como adelantáramos, el entonces Presidente de la Nación<sup>152</sup> ejerció su derecho a veto respecto de cuestiones absolutamente sustanciales de la Ley, al dictar el Decreto 2089/93, de promulgación de la Ley de Defensa del Consumidor, bajo el número 24.240. De todos los ítems que fueran motivo de objeción, merecen resaltarse el correspondiente al establecimiento del régimen de responsabilidad por daños<sup>153</sup>, y el atinente a la gratuidad de las actuaciones judiciales<sup>154</sup>. En lo que atañe al primero de los temas, el siste-

---

<sup>147</sup> Ver artículo 1.198 del Código Civil argentino.

<sup>148</sup> Ver artículo 1.071 del Código Civil argentino.

<sup>149</sup> Ver artículo 954 del Código Civil Argentino.

<sup>150</sup> Ver artículo 656, 2º párrafo del Código Civil argentino.

<sup>151</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. “Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 23, nota 9. Buenos Aires. Argentina.

<sup>152</sup> Era el Dr. Carlos Saúl Menem.

<sup>153</sup> Ver artículo 40 de la Ley 24.240.

<sup>154</sup> Ver artículo 53, último párrafo, de la Ley 24.240.

ma, tal como había sido previsto, fue incorporado al texto de la Ley –aún en la misma ubicación– mediante el dictado de la Ley 24.999, del 30 de julio de 1998.

Obviamente, el veto antes referido ha provocado que durante cinco años existiera una norma de defensa del consumidor que, sin embargo, para los reclamos por responsabilidad debía remitirse a las disposiciones del Código Civil, sin ninguna disposición de carácter tuitivo, atento que se trataba del régimen común. Es decir, había una pseudo Defensa, puesto que a la hora de ejercerla realmente, ésta había sido eliminada del texto legal.

De una lectura sistemática de la Ley surge claramente que, más allá de su denominación “Defensa del Consumidor”, sus previsiones cubren también al usuario<sup>155</sup>.

En definitiva, la ley 24.240 presenta la característica de un microsistema con principios propios, y hasta derogatorio del Derecho privado tradicional que regula los contratos de consumo, aplicándose los códigos de fondo en forma supletoria, en especial en lo que se refieren a los principios generales de los contratos<sup>156</sup>.

La mencionada ley tiene el carácter de “orden público” y es de carácter nacional y, por tanto, rige en todo el territorio de la Republica Argentina<sup>157</sup>. Esta expresión del artículo no prohíbe a las provincias y municipalidades regular en esta materia, es decir que cada Estado Provincial –y por delegación también sus municipios–, puede dictar normas complementarias o de carácter procesal, ante sus respectivas jurisdicciones, mientras permanezcan dentro del marco de aquélla.

La Ley 24.240 aborda el tema objeto del estudio –aunque sin brindar definiciones–, principalmente en el Capítulo IX, que titula “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”, artículos 37 y 38.

---

<sup>155</sup> FARINA, Juan M. 1995. “Relación de Consumo (al propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)”. *Jurisprudencia Argentina. Sección Doctrina – I*, pág. 886. Buenos Aires. Argentina.

<sup>156</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Ob. Cit.*, pág. 51.

<sup>157</sup> Ley 24.240, artículo 65: “*La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional*”.

El artículo 37 dice: *“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 del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”*.

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

El panorama se completa con lo dispuesto en el Decreto número 1.798/94, Reglamentario de la Ley 24.240, que al ocuparse del artículo 37 establece parámetros para una definición, al expresar: *“Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”*.

Obviamente, del análisis de esta normativa nos ocuparemos detalladamente en el capítulo correspondiente.

El dictado de la Ley 24.240 trajo consigo, en Argentina, un florecer del interés de los operadores jurídicos –principalmente de la doctrina–, sin embargo el reconocimiento de la importancia de esta legislación especial recibió un espaldarazo importante con su inclusión en la Constitución Nacional, que se reformara en 1994, y le brindara expresamente<sup>158</sup> la máxima jerarquía en su calidad de derecho esencial de los habitantes de este país.

En Europa, desde mucho tiempo atrás la protección de los Derechos del Consumidor adquirió rango constitucional; así, en la Constitución portuguesa, de 1976 o en la Constitución española, de 1978. En el ámbito del MERCOSUR, la Constitución Federal brasileña lo contempló en 1988<sup>159</sup>; la Constitución paraguaya, en 1992<sup>160</sup>, la Constitución argentina, en 1994<sup>161</sup>, y la Constitución uruguaya, de 1997 no posee previsiones respecto al tema. La Constitución peruana, lo incluye en su artículo<sup>162</sup>.

Nos referiremos, seguidamente, a la Constitución Nacional argentina, reformada en 1994. En la lógica evolución del Derecho Constitucional, se han dado las distintas etapas –a semejanza de las ocurridas en la mayoría de las de otros países– desde la concepción individualista y el reconocimiento a ultranza de los derechos de la persona; pasando por la socialización de esos derechos, hasta llegar, en la ocasión de dicha reforma, a la incorporación de los derechos llamados de tercera generación –que responde a la protección de intereses difusos o colectivos, en los cuales encuadra el Derecho del Consumidor–.

La Carta Magna incorpora la protección a los derechos en estudio en el Capítulo correspondiente a los “Nuevos Derechos y Garantías”, mediante la norma contenida en su artículo 42, que reza: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una informa-*

---

<sup>158</sup> En forma implícita podría haberse considerado incluida mediante el artículo 33 de la Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994.

<sup>159</sup> Ver artículo 5 de la Constitución Federal de Brasil.

<sup>160</sup> Ver artículo 38 de la Constitución de la República del Paraguay.

<sup>161</sup> Ver artículo 42 de la Constitución Nacional argentina.

<sup>162</sup> Ver artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

*ción adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.*

Esta disposición se ve complementada con lo establecido en el artículo 43, que, en lo atinente a lo que nos ocupa, determina mecanismos para la defensa de los derechos en ella consagrados, cuando expresa: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.*

Evidentemente, se ha pretendido otorgar las herramientas de las vías más expeditas para los reclamos derivados de las relaciones de consumo, con una legitimación amplia para su implementación.

Con referencia a ello, se ha dicho: “La reforma constitucional de 1994, al incorporar el artículo 42, pretendió establecer una salvaguarda para que

los actuales o futuros planes económicos del gobierno no puedan basarse en la discriminación del consumo y la marginación de parte de la población, según lo expresó el dictamen de la mayoría al fundamentar dicho artículo. El reconocimiento de los derechos del consumidor pretende restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo, elevando al consumidor para encontrar la nivelación con el proveedor o prestador del servicio a fin de que ambas partes puedan relacionarse de igual a igual”<sup>163</sup>.

Ahora bien, más allá del comentario acerca de los alcances de la “constitucionalización del Derecho del Consumidor” operado en la Argentina, continuaremos brindando una visión evolutiva en el tiempo de las normas en la materia.

Así, desde su entrada en vigencia, hasta el mes de diciembre de 2005, la Ley 24.240 ha sido modificada por cincuenta y seis normas. Refiriéndonos únicamente a las leyes que la afectaron en tal sentido, podemos mencionar: Ley 24.568, que introduce modificaciones sobre facturación de servicios; Ley 24.787, sobre compras telefónicas; Ley 24.806, acerca de los requisitos que debe reunir la publicidad de la enseñanza privada; Ley 24.999, expresamente de modificación de la Ley, en sus artículos 11,13 y 14, del Capítulo IV, y 40, del Capítulo X, que introduce parcialmente –aunque en cuestiones muy trascendentes– la previsión de aquellas cuestiones que habían sido objeto del veto presidencial, en ocasión de la promulgación de la Ley 24.240; Ley 25.065, que regla sobre tarjetas de crédito.

Además, existen Decretos, partiendo del número 1.798/94, que establece la reglamentación de la Ley; así como numerosas resoluciones de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, de la que dependía la materia, y ahora de la Secretaría de Coordinación Técnica, ambas del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

Resulta interesante comentar algunas normas que consideramos como avances concretos en el reconocimiento de la importancia y actualidad del

---

<sup>163</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. 2001. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV, pág. 3. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.

tema de la presente investigación, así como de la necesidad de la permanente actualización y aplicación dinámica que merece esta materia.

Así, cabe recordar que la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, del ex Ministerio de la Producción, se ha convertido en Secretaría de Coordinación Técnica, dependiente del Ministerio de Economía y Producción de la Nación<sup>164</sup> y, en tal carácter, resulta, actualmente, la autoridad de aplicación de la Ley 24.240, atento que le otorga las siguientes facultades y atribuciones: “Proponer el dictado de reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes”<sup>165</sup>.

En ejercicio de tales facultades, la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, del ex Ministerio de la Producción, dictó la Resolución N° 53<sup>166</sup>, que fuera posteriormente derogada y reemplazada por la Resolución 26/2003<sup>167</sup>, dictada por la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Ambos instrumentos legales constituyen un aval a nuestra posición y han marcado una tendencia en esta línea de acción. La prohibición de incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo, cualquiera fuera su instrumentación surge del texto mismo de la Ley, entendiéndose por tales las enunciadas en su artículo 37, a lo que deberá agregarse las descriptas en el Anexo anejado a la Resolución 26/2003. Se establece que la remoción de dichas cláusulas ya insertas en los contratos de consumo en curso de ejecución hasta el 31 de octubre de 2003 y notificar a los consumidores con contratos en vigencia de tal circunstancia y que el incumplimiento de cuales-

---

<sup>164</sup> Decreto 25, del Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el Boletín Oficial del 28/05/2003.

<sup>165</sup> Ver artículo 43, inciso a) de la Ley 24.240.

<sup>166</sup> Publicada en el Boletín Oficial de fecha 23/07/2003.

<sup>167</sup> Publicada en el Boletín Oficial de fecha 14/08/2003.

quiera de ambas directivas lo hará pasible de las sanciones impuestas por el artículo 47 de la ley 24.240<sup>168</sup>”.

Otros antecedentes que refieren a la evolución de la normativa atinente a la Defensa del Consumidor en el país son:

a) La Resolución 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica<sup>169</sup>, es la que autoriza excepciones a la consideración de abusivas a las cláusulas que establezcan la facultad otorgada al proveedor de modificar unilateralmente el contrato, de acuerdo a pautas y criterios objetivos, estableciendo requisitos adicionales, para los casos de servicios de medicina prepaga, servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros bancarios.

b) La Resolución 46/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica<sup>170</sup> establece plazos para la implementación de la medida que ordena a los proveedores de servicios financieros, ofrecer opciones al consumidor en la elección de compañía aseguradora por los saldos de deuda, que fuera impuesta por Resolución 9/2004 del mismo organismo. La vigencia de esta última resolución ha sido prorrogada por Resolución 122/2004<sup>171</sup>.

En otro orden, abandonando la legislación vigente, cabe hacer mención al Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998<sup>172</sup>, que introduce el tema en el Libro Cuarto: De los derechos personales, Título II: De los contratos en general, sosteniendo en sus fundamentos que “El contrato es el sistema nervioso de la economía; junto con la propiedad son los pilares en los que se apoya la economía de mercado”<sup>173</sup>. También expresa que el denominado dogma de la autonomía de la voluntad o de la autonomía privada es considerado en Argentina “un principio general de dere-

---

<sup>168</sup> SCHVARTZ, Liliana. Ob. Cit., pág. 6.

<sup>169</sup> Publicada en el Boletín Oficial de fecha 20/01/2004.

<sup>170</sup> Publicada en el Boletín Oficial de fecha 03/05/2004.

<sup>171</sup> Publicada en el Boletín Oficial de fecha 09/09/2004.

<sup>172</sup> Elaborado por la Comisión Honoraria designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 685/95, presentado al entonces Señor Ministro de Justicia de la Nación, Dr. Raúl Granillo Ocampo, el 18 de diciembre de 1998.

<sup>173</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, de la Comisión creada por Decreto 685/95, Anexo I. N° 158.

cho, de fuente constitucional”<sup>174</sup>. Sigue diciendo: “Si bien el Derecho nuevo asume ”la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones” sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales.

En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de “precauciones legislativas” tendientes a “la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada. ... Entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional; en los contratos discretionales, o paritarios, cuyas partes se encuentran en situación de igualdad jurídica “rige la plena autonomía privada, con las limitaciones clásicas.”... Hace suyas las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que entendieron que “en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestos, o de consumo, la autonomía privada está sometida (además de las reglas generales) al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio”<sup>175</sup>.

El proyecto, procurando buscar el ideal del equilibrio, asume que los contratos de consumo tienen su continente en la legislación especial. Por lo tanto, regula únicamente los contratos excluidos del Derecho del Consumidor”<sup>176</sup>.

Pareciera que, con tan tajante conclusión, no sería de interés seguir indagando en el mencionado proyecto. Sin embargo, resulta conveniente continuar la lectura de los mismos fundamentos que antes transcribíamos, cuando mencionan: “Los contratos predispuestos y las cláusulas predispuestas, obligan en general con los mismos alcances; pero, en particular, se prevé que, cuando ellos son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legibles, y que las condiciones generales deben ser asequibles al no predisponerte. Establece que deben ser interpre-

---

<sup>174</sup> Ídem, N° 159.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

tados en sentido favorable a la parte no predisponente, presumiendo su liberación, cuando es dudosa la existencia de una obligación, y optando por la menos gravosa, en caso de dudas sobre su alcance. Es una fórmula de “*favor debilis*” que resulta del Proyecto de Código Único de 1987 y del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993<sup>177</sup>.

Como puede observarse, el Proyecto realmente no aborda el tema específico de esta investigación –por cuanto deja fuera de su ámbito a la contratación de consumo–. A pesar de ello, es dable poner de resalto que brinda una definición de “contratos predispuestos”<sup>178</sup> que, como ya sostuviéramos, constituyen la columna vertebral de este tipo de contratación.

En este orden, deviene importante lo establecido en el proyecto acerca de “cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”<sup>179</sup>, estableciendo cinco tipos de cláusulas que se tendrán por “no convenidas”; determina la posibilidad de aprobación por el no predisponente, de aquellas cláusulas de contenido meramente patrimonial –que no versen acerca de desnaturalización del contrato o de daños al proyecto de vida–, si el predisponente prueba que la otra parte los ha conocido o hubo de haberlo hecho, y aprobado expresa y especialmente por escrito, y si ésta resulta razonable<sup>180</sup>. Dispone que, en los

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, N° 160.

<sup>178</sup> Proyecto de Código Civil de la República Argentina, de la Comisión creada por Decreto 685/95, artículo 965: “*Contratos predispuestos. Sin perjuicio de disposiciones especiales, los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, obligan en general con los mismos alcances que los establecidos en el artículo anterior –que refiere a los contratos discrecionales, estableciendo que “obligan a las partes como la ley misma–, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos”*”.

<sup>179</sup> Proyecto de Código Civil de la República Argentina, de la Comisión creada por Decreto 685/95, artículo 968: *Estipulaciones prohibidas en los contratos predispuestos, cuando expresa: “En los contratos predispuestos se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras: a) Desnaturalizan las obligaciones de las partes; b) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida; c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica; d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias; e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se lo tiene por no convenidos en la demasía, y se aplica el artículo 723 –facultades del tribunal para reducir la tasa de los intereses– para los pagados en exceso”*.

<sup>180</sup> Ver artículo 969 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, de la Comisión creada por Decreto 685/95.

casos de los contratos celebrados por adhesión, no existen excepciones a la sanción de tenerlas por “no convenientes”<sup>181</sup>.

Evidentemente, la Comisión redactora del proyecto ha optado, a pesar de dejar aclarado que no legisla sobre contratos de consumo, por reglar lo atinente a los contratos predispuestos, también con afán protectorio, originado en la debilidad devenida de la predisposición a cargo de una de las partes y la consecuente adhesión de la otra, más allá de que revista el carácter de consumidor. Nos parece interesante este enfoque, teniendo presente que la situación existe y que, siempre, el ordenamiento del Código Civil o del Código Unificado, resultarán supletorios para los contratos celebrados con consumidores. Aún más, permitirán la tutela de otros sujetos vulnerables, que operan desde otras posiciones en el mercado –pequeños y medianos comerciantes o industriales–.

En esta pequeña relación histórica, es interesante la visión que distingue, en la evolución del Derecho argentino, en la materia de los contratos por adhesión a condiciones generales, cuatro momentos de especial importancia:

- a) “El Proyecto de Reforma al Código Civil, de 1936, que se refiere a “contratos de adhesión”;
- b) La reforma al Código Civil de 1968, que no incorpora esta modalidad contractual. Sin embargo introduce límites al principio de la autonomía de la voluntad, mediante la incorporación de principios como la buena fe negocial, el abuso del derecho, la lesión;
- c) El Proyecto de Reformas de 1987, que sigue el modelo del Código Civil italiano, refiriéndose a contratos por adhesión a condiciones generales;
- d) La Ley de Defensa del Consumidor 24.240, de 1993, y su decreto reglamentario 1.798/94, que refieren a “los términos abusivos o cláusulas abusivas”, declarándolas ineficaces”<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Ver artículo 970 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, de la Comisión creada por Decreto 685/95.

Como ha podido observarse, nosotros hemos ido más allá en esa evolución, trayendo a colación las normas modificatorias a la Ley de Defensa del Consumidor, así como una breve referencia al Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998.

Ahora bien, sobre el tema de protección al consumidor, los intentos de producción legislativa no han cesado. Mencionamos, seguidamente, aquellos proyectos de Ley, que actualmente poseen estado parlamentario:

I. Proyecto presentado al Senado de la Nación el 6/5/03, por el Senador Gustavo Jesús Adolfo Canteros.

II. Proyecto presentado al Senado de la Nación el 6/5/03, por los Senadores Eduardo Aníbal Moro, Carlos Maestro y Miriam Belén Curletti.

III. Proyecto presentado al Senado de la Nación, por la Senadora Graciela Y. Bar, el 2/10/03, girado a la Cámara de Diputados de la Nación el 8/7/05.

IV. Proyecto presentado a la Cámara de Diputados de la Nación, el 3/11/04, por los Diputados Stella Maris Córdoba, Osvaldo Mario Nemirovski, Juan Manuel Irrazabal, Rddy Ernesto Ingram, Rubén Daza, Gustavo E. Ferri, Alfredo Fernández, Rosana Andrea Bertone, Margarita Jarque, Cavalolo, Filomeno, Isabel A. Artola, Héctor Polino, Dante Elizondo y otro cuya aclaración de firma resulta ilegible en la copia de que se dispone. Este proyecto no hace ninguna propuesta de modificación del artículo 37, en estudio. Sin embargo, incorpora un artículo 8 bis, a la Ley 24.240, que titula: Trato digno. Prácticas abusivas, cuestiones que se consideran como “prácticas abusivas”, que refieren a actitudes del proveedor, más allá que no estén incorporadas a contrato alguno. Este mismo tratamiento brindan a tales conductas, la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, N° 17.250, en su capítulo VII. Prácticas abusivas en la oferta, artículo 22; la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario paraguayo, N° 1.334, aún sin mencionar el giro “prácticas abusivas”, sino mencionándolas como “prohibiciones al provee-

---

<sup>182</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 20.

dor”, en su artículo 14; y el Código de Defensa del Consumidor brasileño, en la Sección IV. De las prácticas abusivas, en su artículo 39.

Los máximos avances en el tema que nos preocupa han sido hechos mediante normas que no tienen carácter legislativo, en sentido formal. Por eso creemos que resulta auspiciosa esta iniciativa de los legisladores nacionales, puesto que consideramos necesario poner el acento en la importancia de la acción tuitiva a favor del consumidor, desde los máximos órganos legislativos del país, mediante una ley de fondo. Se haría efectivo y operativo, de esta manera, el principio de protección consagrado en la Constitución Nacional. A la vez, el Poder Ejecutivo deberá comprometerse en acciones concretas respecto al ejercicio del control administrativo, de la implementación del Sistema Arbitral de Consumo y de la educación y difusión de los derechos del consumidor. Por su parte, el Poder Judicial tendrá a su cargo la interpretación de los contratos, la declaración de ineficacia de las cláusulas que considere abusivas y la integración de esos instrumentos, que permitan la pervivencia del negocio jurídico, en condiciones de equidad.

## V. ÁMBITO SUBJETIVO

---

Teniendo presente que la Ley Argentina de Defensa del Consumidor, N° 24.240, adopta un criterio primordialmente de carácter subjetivo para la adjudicación de la protección, si bien con condimentos de tipo objetivo, como se expondrá, resulta necesario determinar a los sujetos intervinientes en la relación jurídica de consumo. Ésta tiene como elementos subjetivos al consumidor o usuario y al proveedor –en sentido lato– de bienes o servicios. Atento que esta investigación está referida al ámbito de la República Argentina, acotaremos las referencias, primordialmente, a la legislación vigente en nuestro país, sin dejar de mencionar otras que sostienen idéntico o diferente criterio para esta dilucidación.

Es conveniente partir, a los efectos de la definición, de la etimología del vocablo consumir, que proviene del latín “*Consumere*”, que significa extinguir, gastar; cosas que se extinguen con el uso<sup>183</sup>.

La Real Academia Española de la Lengua, conceptualiza como: Consumidor, que consume. Consumir: Destruir, extinguir<sup>184</sup>. Persona que compra productos de consumo<sup>185</sup>. Usuario: el que usa ordinariamente una cosa<sup>186</sup>. Usar: disfrutar uno alguna cosa<sup>187</sup>. Dicho de una persona: que tiene derecho de usar de una cosa ajena, con cierta limitación<sup>188</sup>.

Manuel Ossorio nos brinda las siguientes definiciones: Consumo: el último grado del proceso económico, en que los objetos producidos se utili-

---

<sup>183</sup> GARCÍA de DIEGO, Vicente. 1954. *Diccionario etimológico español e hispánico*, pág. 186. Editorial SAETA,, Madrid, España.

<sup>184</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. 1992, 21ª edición. Tomo I, pág. 551. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. España.

<sup>185</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, avance de la 23ª edición. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>186</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, citado, Tomo II, pág. 2.052

<sup>187</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, citado, Tomo II, pág. 2.051.

<sup>188</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, avance de la 23ª edición. [www.rae.es](http://www.rae.es)

zan para la satisfacción de las necesidades sociales humanas, tanto mediatas como inmediatas; Consumir: gastar los bienes por el uso o empleo. Destruir, extinguir<sup>189</sup>. Uso: Acción y efecto de servirse de una cosa, de emplearla o utilizarla. Empleo continuado de algo o de alguien. Usuario: El que usa con frecuencia una cosa o es cliente de un servicio<sup>190</sup>.

Cabe mencionar –teniendo presente su trascendencia histórica– la noción de consumidor que aparece en el número 3 de la resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 14/4/1975 que declara: “En lo sucesivo, el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidores”<sup>191</sup>. Como puede observarse, se trata de un concepto que pretende ampliar el horizonte de la normativa consumerista, y su consecuente afán protectorio.

En realidad, los términos Consumidor o Usuario pueden tener variadas acepciones, algunas más amplias y otras más restringidas, sin embargo a los fines del presente estudio, debemos limitarnos al ámbito que hemos delimitado, el Derecho del Consumidor en la República Argentina.

A modo de continuar con el marco de referencias, mencionaremos de qué manera se delimita este ámbito en los países del MERCOSUR y en la República del Perú, comenzando por el sujeto activo.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil<sup>192</sup>, lo define, como: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las

---

<sup>189</sup> OSSORIO, Manuel. 1982. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, pág. 164. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

<sup>190</sup> OSSORIO, Manuel. Ob. Cit., pág. 770.

<sup>191</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y María J. TAVANO de AREDES. 1991. *La Protección al Consumidor en el Derecho Comparado*. Derecho del Consumidor, N° 1. Director: Gabriel A. Stiglitz, pág. 12. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>192</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990.

*colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo*"<sup>193</sup>.

La Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay<sup>194</sup>, establece: "A los efectos de la presente ley, se entenderán por: a) *Consumidor y Usuario: a toda persona física o jurídica nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza*"<sup>195</sup>.

La Ley de Defensa del Consumidor de la República Oriental del Uruguay<sup>196</sup>, define al consumidor como: "*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella*"<sup>197</sup>.

La Ley de Protección al Consumidor<sup>198</sup> de la República del Perú, dispone: "*Para los efectos de esta ley, se entiende por: a) Consumidores o usuarios. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios*"<sup>199</sup>.

Refiriéndonos, ahora al sujeto pasivo de la relación de consumo, conviene brindar un concepto de Productor. Ossorio realiza las siguientes conceptualizaciones: *Producto: Cuanto se produce, crea o fabrica. Lo transformado utilizando una materia prima. Producir: Originar o crear una cosa. Fabricar. Dar fruto las tierras y las plantas. Rentar, dar intereses. Proporcionar utilidad, beneficio o provecho. Hacer. Procurar*<sup>200</sup>.

---

<sup>193</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 2. La traducción nos pertenece. El texto original dice: "*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*".

<sup>194</sup> Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y el Usuario, N° 1334, del 15 de septiembre de 1998.

<sup>195</sup> Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y el Usuario, artículo 4.

<sup>196</sup> Ley uruguaya de Defensa del Consumidor, N° 17.250, del 17 de agosto de 2000.

<sup>197</sup> Ley uruguaya de Defensa del Consumidor, artículo 2.

<sup>198</sup> Decreto Legislativo peruano, de Protección al Consumidor, N° 716, modificado por Decreto Supremo N° 039 de 2000.

<sup>199</sup> Decreto Legislativo peruano, de Protección al Consumidor, artículo 3. - Texto según el Artículo 1 de la Ley N° 27.251.

<sup>200</sup> OSSORIO, Manuel. Ob. Cit., pág. 616.

Como primera cuestión, en este ítem, tal vez resulte interesante saber qué se entiende en la legislación comparada por “producto”, a lo que podríamos agregar el sentido de “servicio”. En tal sentido, la Ley 24.240 no incluye definición de ninguno de ambos términos. Sin embargo, algunas legislaciones lo establecen en forma expresa. Así, el Código de Defensa del Consumidor Brasileño, Producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial<sup>201</sup>; y Servicio es cualquier actividad provista en el mercado de consumo, mediante remuneración, incluye las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral<sup>202</sup>. En forma similar se expiden, la Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor y Usuario<sup>203</sup>, la Ley de Defensa del Consumidor Uruguaya<sup>204</sup> y la Ley de Protección al Consumidor Peruana<sup>205</sup>.

Con esta base, y a los efectos de establecer el alcance de la palabra “Productor”, nuevamente traeremos a colación antecedentes de países vecinos, con el objeto de brindar un panorama del Derecho Latinoamericano.

El Código de Defensa del Consumidor brasileño, expresa: “*Proveedor es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desenvuelven actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación,*

---

<sup>201</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 3, § 1.

<sup>202</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 3, § 1.

<sup>203</sup> La Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y Usuario, artículo 4, incisos c) y d) describe como Productos, a *todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso*; y Servicios, a *cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales*.

<sup>204</sup> La Ley de Defensa del Consumidor uruguaya, en su artículo 5, los define como: “*Producto es cualquier bien corporal o incorporal, mueble o inmueble. Servicio es cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales*”.

<sup>205</sup> La Ley de Protección al Consumidor peruana, en su artículo 3, incisos c) y d), lo prevé al expresar: Producto: *Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor*. Servicios: *Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia*.

*exportación, distribución o comercialización de productos, o prestación de servicios”<sup>206</sup>.*

A su hora, la Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y del Usuario, menciona: “*A los efectos de la presente ley, se entenderán por: b) Proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa*”<sup>207</sup>.

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor uruguaya expresa al respecto: “*Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo*”<sup>208</sup>.

Resulta interesante, también, la visión de la Ley de Protección al Consumidor peruana, que realiza una descripción más detallada de los sujetos a quienes abarca el concepto de Proveedor, cuando dice: “*Para los efectos de esta ley, se entiende por: ... b) Proveedores. Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: b.1. Distribuidores o comerciantes. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. b.2. Productores o fabricantes. Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para*

---

<sup>206</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 3.

<sup>207</sup> Ley de Defensa del Consumidor y Usuario paraguaya, artículo 4.

<sup>208</sup> Ley uruguaya de Defensa del Consumidor, artículo 3.

*su provisión a los consumidores. b.3. Importadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. b.4. Prestadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores”<sup>209</sup>.*

A los efectos de un análisis más pormenorizado, nos atenderemos a desbrozar los conceptos que nos brinda la ley argentina, número 24.240 que, en su artículo 1º, dice: “...*Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social*”. Y en su artículo 2º se refiere a los Proveedores de cosas o servicios como “... *todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. ...*”.

Como puede observarse, la Ley, se refiere al consumidor y al usuario como sujetos activos de la relación de consumo, a pesar que en su denominación sólo se haya mencionado al primero, atento que es conocida como “Ley de Defensa del Consumidor”. Con tal título se pone de manifiesto el objetivo tuitivo que inspiró a sus autores, quienes han puesto bajo el mismo manto protectorio a ambos, equiparándolos para la mayoría de sus efectos, con ligeras diferencias, teniendo presente el tenor de las prestaciones debidas en cada caso.

De tal orden, la definición que brinda el artículo primero toma en cuenta dos elementos para delimitar las figuras: un elemento personal o subjetivo, que se refiere al tipo de persona, pudiendo ésta ser física-individual o jurídica-colectiva; y un elemento material-finalista, que remite a la naturaleza del bien o servicio contratado; con qué objeto o fin se ha realizado el contrato, que definirá cuál será la actividad del sujeto a su respecto, es decir, su destino –consumo final–.

---

<sup>209</sup> Decreto Legislativo de Protección al Consumidor peruano, artículo 3.

Es dable destacar que la Ley argentina, 24.240, da al término “usuario” una acepción que va mucho más allá que la definición dada por el Código Civil, en su artículo 2.948, al definir el derecho de uso<sup>210</sup>, tomando al efecto un criterio modernizado, que incluye no sólo el uso y goce de cosas, sino también a la contratación de servicios.

Se abarca como sujeto activo de la relación en estudio a ambos, ya mencionados, estableciendo como objeto del contrato, a: “a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios o c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”<sup>211/212</sup>.

Estudiaremos, seguidamente, cada una de las partes de esta definición, siguiendo el texto establecido.

El artículo 1º, define consumidores o usuarios, con las siguientes características:

a. *Las personas físicas o jurídicas.*

En este aspecto, se encuentra en consonancia con todas las Leyes de países del MERCOSUR, Brasil, Paraguay y Uruguay, que incorporan a las personas jurídicas como posibles consumidores y usuarios, a diferencia de otras, que limitan esta chance sólo a las personas físicas. De allí deriva que, obviamente, pueden ser considerados consumidores o usuarios las personas físicas, individuales o de existencia visible, a quienes el Código Civil argentino las define como: “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes*”<sup>213</sup>.

Solo haremos una referencia específica al tema de las personas jurídicas, colectivas o de existencia ideal, en su calidad de sujetos activos. No

---

<sup>210</sup> Artículo 2.948 del Código Civil: “*El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia. ...*”

<sup>211</sup> Ley 24.240, artículo 1º.

<sup>212</sup> Más precisión sobre estos temas será dada en el capítulo correspondiente al ámbito objetivo.

<sup>213</sup> Código Civil argentino, artículo 51.

cabe discusión alguna sobre su inclusión en tal carácter, en la relación de consumo, teniendo presente que expresamente las incorpora la ley.

En primer término resulta oportuno traer a colación lo dispuesto por el Código Civil argentino, que brinda un concepto por negación respecto de estos entes jurídicos, cuando dice: “*Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas*”<sup>214</sup>.

El quid es determinar ¿a qué personas jurídicas se refiere la norma? ¿Acaso cualquier persona jurídica se encuentra incluida en la previsión de la ley 24.240?

Debemos responder que no, puesto que para ser considerados consumidores es preciso tener en cuenta el destino que el sujeto le da al bien –si es para consumo final o para reintegrarlos al mercado como parte de un proceso de producción, distribución, o comercialización–. Idénticos requisitos deberán tenerse en cuenta tanto para las personas físicas como jurídicas, que deberán ser destinatarios finales de los bienes o servicios que adquieran. Significa que, para poder encuadrarse en la normativa que nos ocupa, la persona jurídica debe ser un consumidor final, separándose así de la intermediación en la producción o comercialización de bienes o servicios.

Realmente, resulta bastante difícil encontrar una persona jurídica que resulte consumidor final puesto que, al no permitirse la incorporación del bien o servicio dentro de un proceso productivo, quedan automáticamente descartadas todas las que desarrollen actividad empresarial industrial o comercial, limitándose, de ese modo, la opción a las personas jurídicas sin fines de lucro, que serían las asociaciones y fundaciones, y sólo en cuanto adquieran bienes o contraten servicios para el consumo final. Podría interpretarse que reúnen ese requisito aquellas contrataciones para ser incorporadas al disfrute o consumo de sus asociados –que son sus integrantes físicos o beneficiarios, destinatarios de su acción–. Lo cierto es que se encuentran

---

<sup>214</sup> Código Civil argentino, artículo 32.

incorporadas por la normativa específica.

Ahora bien, se ha discutido bastante acerca de la conveniencia de la inclusión, como sujeto del derecho de consumo, de los pequeños industriales y comerciantes –sean personas individuales o colectivas–, atento la situación de debilidad jurídica que afrontan en su diaria contratación con grandes empresas que les plantean condiciones generales tanto o más restrictivas que a los particulares –puede pensarse en la situación de quien contrata una franquicia–. Principalmente, a los efectos de su protección, justamente, contra las cláusulas abusivas.

Existe una fuerte corriente doctrinaria que señala la necesidad de protección de estos empresarios o profesionales, que a pesar de tener caracteres de “proveedores –en el sentido de la Ley”– resultan débiles en algunas relaciones con otros proveedores poderosos, que también predisponen respecto de ellos absolutamente todas las cláusulas que son objeto del contrato, con la simple disyuntiva de “tómelo o déjelo”. El tema de las cláusulas abusivas tiene dispar solución en la legislación comparada.

Algunos países las tratan dentro de las Leyes de Protección a Consumidores<sup>215</sup>, otros lo encaran a través de una normativa específica acerca de la Contratación mediante Condiciones Generales<sup>216</sup>, que establece la protección del contratante adherente, más allá que se trate de un consumidor; otras poseen ambos sistemas combinados<sup>217</sup>, y aún algunos lo prevén dentro del Código Civil<sup>218</sup>. De cualquier modo, queda claro que surge una necesidad de contemplación de esa particular situación en que los sujetos del negocio jurídico se encuentran en posiciones absolutamente asimétricas. Evidente-

---

<sup>215</sup> Como la Ley argentina, N° 24.240, y la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre “Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”; también le reserva el mismo tratamiento, la Ley francesa 95/96, de 1 de febrero de 1996, sobre “Cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial (también llamado Código de Consumo)”.

<sup>216</sup> Como la Ley portuguesa: Decreto Ley, de 31 de agosto de 1995, sobre Régimen Jurídico de las Condiciones Generales de la Contratación; Regulación sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 1994.

<sup>217</sup> Como la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>218</sup> Código Civil italiano, artículos 1.469 bis y siguientes.

mente las consideraciones sobre cuál es la vía más eficiente para conseguir proteger a estos sujetos, y aún si esto resulta conveniente, excede los límites del presente trabajo, abriendo un interesante interrogante para otra investigación.

b. *Que contraten a título oneroso*

Se entiende por tal la relación jurídica en que existe prestación para ambas partes; eliminándose, en principio, a quienes reciben disposiciones a título gratuito de la posibilidad de reclamar como consumidores, en consideración a que se trata de una liberalidad por parte del otorgante.

Sin embargo, el Decreto 1.798/94, reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, establece: “*Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios. En estos supuestos, si bien el acto jurídico principal ha sido a título oneroso, existe otro acto jurídico que puede ser simultáneo o posterior, de carácter gratuito. El Decreto reglamentario incorpora, a los efectos de posibles reclamos, en la calidad de consumidores o usuarios a quienes reciban bienes o servicios en este último carácter*”<sup>219/220</sup>.

c. *Para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social*

Cuando la Ley habla de “consumo final” no se refiere a cosas<sup>221</sup> con caracteres de consumibles, solamente, en el sentido dado en el Código Civil

---

<sup>219</sup> Decreto 1.798/94, artículo 1, inciso a).

<sup>220</sup> Podemos mencionar que las actuales técnicas de marketing incluyen como estímulo a las ventas, la adición “sin cargo” de otro producto que quiere promocionarse. Si el Decreto Reglamentario no hiciera la previsión que comentamos, quien recibiera éste último no podría realizar ningún reclamo al Productor por cualquier defecto en el producto o servicio, atento su carácter gratuito. Se encontraría en la misma situación aquella persona que recibe un obsequio que ha sido adquirido a título oneroso por quien lo entrega, para el consumo final de este tercero; en virtud de este artículo, adquiere la calidad de consumidor o usuario, tomando como motivo la contratación base, aunque éste adquiera el bien a través de título gratuito.

<sup>221</sup> Artículo 2.311 del Código Civil argentino: “*Se llaman “cosas” en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*”.

argentino<sup>222</sup>, atento que debemos reconocer que son objeto de consumo final cosas que tienen existencia en el tiempo para quien las adquiere –un automotor, por ejemplo–; también se amplía en el sentido que no se refiere sólo a cosas sino a bienes<sup>223</sup>, y también incluye a los servicios. Corresponde destacar que la Ley, en su capítulo IV se refiere a Cosas muebles no consumibles<sup>224</sup>, lo que releva de mayores comentarios respecto del sentido amplio que el legislador atribuyó al término “consumo”.

La caracterización del consumo final está dada por que las cosas consumibles y no consumibles, materiales e inmateriales y los servicios; que deben, por cierto, tener como destino ser utilizados como el último eslabón en la amplia cadena de producción - comercialización. En cuanto al beneficio, se amplía el espectro, entendiendo que la ley hace referencia, también, a la prestación de servicios.

Cuando la norma en análisis expresa que ese consumo final o beneficio deberá ser “*propio o de su grupo familiar o social*” acota la protección a dichos supuestos; pensamos que en un intento de impedir que se realicen fraudes en el sentido de la realización de la compra por parte de quien reviste la calidad de consumidor, pero realmente el uso o beneficio sea realizado por un Empresario o lo utilice para almacenar las cosas con el objetivo de, posteriormente, incorporarlas al proceso productivo - comercial. Obviamente, acreditadas estas últimas circunstancias, no resultarán aplicables sus preceptos.

La Ley 24.240 refuerza esta referencia, en cuanto reza: “*No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de produc-*

---

<sup>222</sup> Artículo 2.325 del Código Civil argentino: “*Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad ...*”

<sup>223</sup> Artículo 2.312 del Código Civil argentino: “*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman “bienes”...*” Aquí podría encuadrarse, por ejemplo, la venta de software.

<sup>224</sup> También hace esa referencia el artículo 12 del Decreto 1.798/94, reglamentario de la Ley 24.240.

*ción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”<sup>225/226</sup>. El Decreto 1.798/94 aclara, en la reglamentación al mencionado artículo: “*Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica*”; lo que pone el acento, nuevamente, en el consumo final como causa fin del contrato, a los efectos que sea considerado como regido por la legislación de protección al consumidor en Argentina.

En tal sentido, resulta interesante destacar que, al constituir la Ley 24.240 una legislación de excepción, eminentemente protectoria y, como tal, establecer normas específicas a favor de la “parte débil” de la contratación, debe ser interpretada y aplicada con carácter restrictivo, a efectos de no producir un resultado contrario al afán de reestablecer equilibrio entre las partes.

Continuaremos con el análisis del artículo 2° de la Ley 24.240, abordando lo atinente al proveedor.

De una lectura sistemática de la Ley 24.240, podemos concluir que utiliza el término proveedor en un sentido amplio, como abarcativo de todos los sujetos intervinientes en la cadena de fabricación, industrialización, importación, comercialización, prestación de servicios y hasta transporte, en cuanto le compete; por lo que los conceptos traídos a colación desde la legislación extranjera resultan insuficientes, debiendo entenderse, cuando lo mencionamos en el ámbito de este trabajo, en el sentido que le otorga la normativa –unificador de la referencia al Empresario en sus distintas modalidades–. Esta visión surge de la combinación de la letra de los artículos 2 y 40<sup>227</sup> –referido a la responsabilidad por daños–.

---

<sup>225</sup> Ley 24.240, artículo 2, 2° párrafo.

<sup>226</sup> En el mismo sentido, Ley uruguaya de Defensa del Consumidor, artículo 2, 2° párrafo, que dice: “*No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización*”.

<sup>227</sup> Artículo 40 de la Ley 24.240, (incorporado por la Ley 24.999): Responsabilidad: “*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio,*

Así, define a los Proveedores de cosas o servicios como:

A) *Todas las personas físicas o jurídicas*

Respecto del sujeto pasivo expresa Lorenzetti<sup>228</sup>, “la noción de proveedor alude a todo el sector oferente de productos y servicios, siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo”.

Valen aquí las consideraciones ya realizadas al tratar de los sujetos que pueden ser considerados como consumidores o usuarios, a los que *brevitatis causa*, nos remitimos.

Cuando pensamos, en la actualidad, en el Proveedor, no podemos dejar de relacionarlo con la palabra Empresario y, en tal sentido, éste podrá ser individual –el comerciante tradicional definido en el Código de Comercio argentino<sup>229</sup>– o colectivo, cuando se organice a través de uno los tipos previstos en la Ley de Sociedades<sup>230</sup>.

Aclaremos que consideramos que Empresario puede ser cualquiera de los sujetos que integran la cadena de producción-comercialización, puesto que hoy no puede concebirse ninguna de esas actividades sin el elemento primordial de la empresa, constituido por la “organización” de los factores de la producción. Es en virtud de esta premisa que utilizaremos, en el curso del presente trabajo, indistintamente los términos Proveedor o Empresario, para referirnos al sujeto pasivo de la relación de consumo.

---

*responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.*

<sup>228</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Contratos. Parte Especial*. Tomo I. Pág. 81. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

<sup>229</sup> Artículo 1 del Código de Comercio argentino: “La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual ...”

<sup>230</sup> Artículo 1 de la Ley argentina 19.550, de Sociedades Comerciales: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

B) *De naturaleza pública o privada*

Obviamente, la referencia hecha por el presente inciso corresponde, en exclusividad, a las personas jurídicas, puesto que ninguna persona individual podría tener naturaleza pública.

Ahora bien, el Código Civil argentino nos brinda una clasificación –de carácter enunciativo<sup>231</sup>– acerca del presente tema, cuando expresa: “*Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1º) El Estado nacional, las provincias y los municipios. 2º) Las entidades autárquicas. 3º) La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1º) Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2º) Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar*”<sup>232</sup>.

Corresponde desestimar la posibilidad de revestir el carácter de productor –en el sentido de la Ley– para la Iglesia Católica, y para las asociaciones y fundaciones, teniendo presente que carecen de fin de lucro. Sin embargo, pueden integrarse en esta relación, en la calidad antes mencionada, el Estado Nacional, Provincial o Municipal, cuando presta servicios; las entidades autárquicas, en igual supuesto o cuando comercialicen bienes; y, obviamente, las sociedades civiles y comerciales o entidades previstas en el inciso 2º del ítem de las personas de carácter privado.

Resulta trascendente la incorporación de las personas jurídicas de carácter público como posible sujeto pasivo de la relación de consumo, atento que, teniendo presente justamente esa calidad, y su consecuente factibilidad de imposición de condiciones –teniendo en cuenta su carácter generalmente

---

<sup>231</sup> Estimamos que tiene este carácter puesto que podrían llegar a crearse nuevas categorías o desaparecer algunas de las existentes.

<sup>232</sup> Código Civil argentino, artículo 33.

monopólico–, deviene más necesaria la protección al débil. Especialmente puede verse involucrado este tipo de personas jurídicas en la prestación de servicios públicos, debiendo ponerse de resalto que la Ley 24.240 posee todo el capítulo VI dedicado a este tema, en su modalidad domiciliaria, con particular esmero en el establecimiento de protecciones muy pormenorizadas.

*C) Que, en forma profesional, aún ocasionalmente*

El Diccionario de la Lengua Española nos refiere como “Profesional: Dicho de una persona: Que ejerce una profesión. Dicho de una persona: Que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive; y “Profesión: Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.”<sup>233</sup>.

Cuando la ley se refiere a la profesionalidad debemos interpretar que tiene relación con la actividad lucrativa principal de una persona. Cabe destacar que, a diferencia del Código de Comercio<sup>234</sup>, la ley no exige la habitualidad en el desempeño de dichos negocios, admitiendo, expresamente, a quienes ejercen actos de manera ocasional. Consideramos que esta última incorporación se debe al afán de extender lo más posible la protección, eliminando posibles resquicios de exención de responsabilidad por parte de quienes contratan con consumidores.

Tratándose este elemento de una cuestión fáctica, que deberá ser acreditada o presumida en cada caso en particular, su interpretación deberá quedar como misión de los Tribunales competentes en la materia, en cada caso en particular<sup>235</sup>.

*D) Produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios*

Claramente habla de los participantes en la cadena de producción - comercialización, sin dejar a ninguno de ellos fuera de la aplicación de esta

---

<sup>233</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Avance de la 23ª Edición. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>234</sup> Código de Comercio argentino, artículo 1.

<sup>235</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. 1998. *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, pág. 358. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.

ley, lo que podrá verse más claramente cuando la misma ley responsabilice solidariamente a estos sujetos, por daños al consumidor por el vicio o riesgo de la cosa<sup>236</sup>.

Se ha dicho que: “La enumeración es simplemente ejemplificativa, por lo que “cualquiera” que intervenga en dicha cadena, aunque su actividad no esté expresamente enumerada en este artículo, igualmente queda dentro de la previsión legal”<sup>237</sup>.

En cuanto a la prestación de servicios, resulta interesante traer a colación la expresión de Lorenzetti, cuando considera que el servicio es un “hacer intangible”, que se agota con el consumo inicial y desaparece. De aquí surge una clara caracterización de esta modalidad de prestación, que siempre consiste en una obligación de hacer, aunque algunas veces también incluya la entrega de una cosa, como accesorio<sup>238</sup>. En todos los casos, a efectos de su incorporación a esta normativa, deberán revestir la particularidad de ser contratados para consumo final, no para incorporarlos en un proceso productivo.

Estos servicios podrán ser de la índole más diversa, desde los públicos, como energía eléctrica o recolección de residuos –donde algunas veces se encuentra involucrado el Estado– hasta el de mensajería, tarjeta de crédito, medicina prepaga o limpieza; así como los servicios profesionales que nuestra ley excluye expresamente de la Legislación de Protección al Consumidor, con las excepciones que mencionaremos oportunamente.

#### *E) A consumidores o usuarios*

En este requisito nos remitimos, en mérito a la brevedad, a lo ya expuesto al referirnos a los sujetos activos de esta relación jurídica.

Mención particular merece el tratamiento de aquellos sujetos que han sido excluidos expresamente del ámbito de la legislación de consumo.

---

<sup>236</sup> Ley 24.240, artículo 40, transcripto en nota 196.

<sup>237</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y Oscar E. ROMERA. 1994. *Protección y defensa del Consumidor Ley 24.240 Anotada y Comentada*, pág 13. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.

<sup>238</sup> Por ejemplo, al contratar un catering, incluirá la entrega de la comida y la bebida, pero el *quid* de la contratación es el servicio.

En tal sentido, la Ley 24.240, cuando se refiere a los Proveedores de cosas o servicios, incluye una exclusión subjetiva expresa, cuando dice: “*No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento*”<sup>239/240</sup>.

Realmente, a nuestro criterio, estos sujetos revisten absolutamente todos los caracteres que hemos mencionado como necesarios para adquirir el carácter de productor, en la Ley; sin embargo ésta es muy clara al excluirlos de su régimen, con la excepción de la obligación de responder por la publicidad que hagan del ofrecimientos de sus servicios, tema que se relaciona con lo dispuesto por el artículo 8º, 1º párrafo de la Ley 24.240<sup>241</sup>, que establece los efectos de la publicidad, teniendo a sus afirmaciones como incluidas en el contrato con el consumidor. De cualquier manera, ese ítem constituye otra “ventana” que queda abierta para próximas investigaciones, atento lo extenso, interesante y específico de su temática<sup>242</sup>.

Otra excepción que podemos mencionar referente a estos profesionales liberales es aquella que hace a su actuación como integrante de una empresa –aún cuando fuera sólo de servicios profesionales–, que lo excluiría de la excepción, incluyéndolo en las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor. Ello resulta de toda lógica, puesto que en ese caso existe una organización que va más allá de la mera prestación de servicios profesiona-

---

<sup>239</sup> Ley 24.240, artículo 2º, 2º párrafo.

<sup>240</sup> En el mismo sentido se expresa la Ley paraguaya de Defensa del Consumidor, en su artículo 4º, cuando dice: “*No están comprendidos en esta ley, los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento*”.

<sup>241</sup> Ley 24.240, artículo 8: “*Efectos de la Publicidad: Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor*”.

<sup>242</sup> Sobre este tema puede consultarse: ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. 2004. “Publicidad y Consumidores. Una visión desde Iberoamérica”. Anuario de Derecho Civil, Tomo IX, año Académico 2004, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Argentina.

les y, por tanto, trasciende la presunta vulnerabilidad de aquellos a quienes se ha pretendido proteger mediante la excepción en comentario.

A estos sujetos, que tienen intereses de tipo individual, podemos agregar los que agrupan a los consumidores o usuarios –las Asociaciones de consumidores–; y a los proveedores o empresarios –las Cámaras empresariales– y, por tanto, defienden intereses de tipo colectivo, difuso –que afectan a grupos de personas indeterminadas– o a sus propios asociados. Su existencia se encuentra referida y autorizada por el artículo 42 de la Constitución Nacional<sup>243</sup> y los artículos 55 de la Ley 24.240<sup>244</sup>, para el caso de las Asociaciones de Consumidores y en el artículo 59, in fine del mismo cuerpo legal<sup>245</sup>, –que trata de los Tribunales Arbitrales de Consumo– respecto a las Cámaras Empresarias.

Su incorporación deviene de la consideración del carácter otorgado por la Constitución Nacional, calificando a las relaciones de consumo como un bien de incidencia colectiva, legitimando al Defensor del Pueblo y a las Asociaciones de consumidores para actuar en la defensa de grupos de personas indeterminadas, pertenecientes a las categorías de consumidores o usuarios.

Las Asociaciones de Consumidores son entes privados constituidos por particulares, bajo la forma jurídica de la asociación y, por lo tanto, personas jurídicas conforme al artículo 32 del Código Civil<sup>246</sup>, que precisan de

---

<sup>243</sup> Artículo 42 de la Constitución Nacional, transcripto en nota 196.

<sup>244</sup> Artículo 55 de la Ley 24.240: “*Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58*”.

<sup>245</sup> Artículo 59 de la Ley 24.240: “*Tribunales arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias ...*”

<sup>246</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2003. *Defensa del Consumidor: Ley 24.240*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

autorización estatal para funcionar<sup>247</sup>; y a quienes la misma ley 24.240 fija los requisitos que deben reunir para ser reconocidas<sup>248</sup>.

Son entes de intermediación, que defienden intereses colectivos – también llamados “de clase”– de los consumidores y usuarios, afectados o amenazados. Más allá de la referencia expresa en la Constitución Nacional, se encuentran legitimadas por la ley 24.240 y sus fines se hallan establecidos por su artículo 56 –que define sus posibles objetivos–<sup>249</sup>, quedando autorizadas para promover reclamos y acciones judiciales en representación de intereses subjetivos o colectivos de consumidores, y sus representantes pueden integrar los tribunales arbitrales de consumo, en representación de aquellos. Otras de sus finalidades –de muy particular relevancia– son promover acciones de educación al consumidor, así como proponer medidas administrativas o legislativas que tengan por objeto mejorar la protección del sector.

---

<sup>247</sup> Artículo 56 de la Ley 24.240: “Autorización para funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. ...”

<sup>248</sup> Artículo 57 de la Ley 24.240: “Requisitos para obtener el reconocimiento. Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales: a) No podrán participar en actividades políticas partidarias; b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva; c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras; d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios”.

<sup>249</sup> Artículo 56 de la Ley 24.240 “...Se entenderá que cumplen con dicho objetivo (refiriéndose a las asociaciones de consumidores), cuando sus fines sean los siguientes: a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor; b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores; c) Colaborar con los organismos, oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos; d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo; e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados; f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés; g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercados, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismo de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación; h) Promover la educación del consumidor; j) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor”.

Por expreso mandato constitucional<sup>250</sup>, corresponde a las autoridades, entendiéndose por tales al Estado Nacional, Provincial y Municipal fomentar la creación de las Asociaciones de Consumidores y se prevé que la legislación establecerá su participación en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional.

Cabe acotar que en la República Argentina aún son pocas las Asociaciones de Consumidores, sobre todo en las Provincias, en que hay algunas que no tienen ninguna legitimada lo que trae como consecuencia, entre otras, la imposibilidad de constituir los Tribunales Arbitrales de Consumo.

En los países que poseen tradición de su existencia, estos entes ejercen un verdadero poder en la regulación del mercado, por la gran adhesión que convocan y el establecimiento de políticas adecuadas de reclamos ante el Estado y los empresarios, implementación de medidas colectivas que sancionan abusos, formación del consumidor en el conocimiento de sus derechos y la manera de ejercerlos.

La Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay dedica todo un capítulo, el XI, a las Asociaciones de Consumidores. Así, las describe: “*Se entenderá por asociación de consumidores, toda organización constituida por personas físicas, que no tenga intereses económicos, comerciales o políticos, y cuyo objeto sea garantizar la protección y la defensa de los consumidores y usuarios y promover la información, la educación, la representación y el respeto de sus derechos*”<sup>251</sup>. Asimismo,

---

<sup>250</sup> Artículo 42 de la Constitución Nacional, transcripto en nota 196.

<sup>251</sup> Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay, artículo 45.

establece los requisitos para actuar como tales<sup>252</sup>, y enumera cuáles pueden ser sus finalidades<sup>253</sup>.

Por su parte, la Ley de Protección del Consumidor peruana reza: “*Las Asociaciones de Consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es la protección de los consumidores. Su representación se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor y puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes*”<sup>254</sup>.

Ahora bien, del mismo modo que los consumidores se agrupan, para un ejercicio más operativo de sus derechos, los proveedores o empresarios, hacen lo propio, reuniéndose en “Cámaras”, “Uniones” o “Federaciones”. Existe diversidad de entidades empresarias; pueden tener varios órdenes, es decir existir cámaras que, a su vez, se agrupen por ramos y cada uno indica una especialidad<sup>255</sup>; así como cámaras, federaciones y confederaciones, de acuerdo a la amplitud territorial de sus asociados<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay, artículo 46: “*Para poder actuar como tales en la promoción y defensa de los derechos que esta ley consagra, las asociaciones de consumidores deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) constituirse y estar inscriptas como sociedades sin fines de lucro de acuerdo a las previsiones del Código Civil para este tipo de sociedades; b) no participar en actividades político - partidarias, c) no recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras; d) no aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones; y, e) no permitir una explotación comercial selectiva en la información y consejo que ofrezcan al consumidor*”.

<sup>253</sup> Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay, artículo 47: “*Serán finalidades de las asociaciones de consumidores, entre otras: a) promover y proteger los derechos de los consumidores; b) en las gestiones extrajudiciales y administrativas, apoyar la defensa de los derechos de los consumidores o usuarios afectados, o actuar en forma concurrente con ellos; c) promover acciones judiciales tendientes al cumplimiento de lo establecido en esta ley, siempre que no lo hagan los consumidores o usuarios directamente afectados, y siempre que no se demande la indemnización de daños y perjuicios; d) recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva acerca de los bienes y servicios existentes en el mercado; y, e) realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor*”.

<sup>254</sup> Ley de Protección del Consumidor peruana artículo 4.

<sup>255</sup> Así, Cámara de Industriales de la Madera; Cámara de Importadores de Electrodomésticos; Cámara de Supermercados, Cámara de Comercio.

<sup>256</sup> Piénsese en la Cámara de Apicultores de una ciudad, que integra la Federación Provincial y la Confederación Nacional, en la organización política de la República Argentina.

Obviamente, el objetivo de estas agrupaciones o cámaras empresariales es la unión para la defensa de intereses sectoriales, no sólo ante los consumidores –que tal vez es el factor más débil al que deben enfrentarse, mientras no exista una fuerte organización de asociaciones– sino ante el Estado, así como frente a entidades de sectores relacionados o similares de otros países. Entre sus funciones puede contarse el acordar políticas de comercialización homogéneas, promover legislación que favorezca a sus miembros y defender los intereses de cualquiera de sus integrantes en particular o del sector, en forma colectiva.

Para ser reconocidas, deberán constituirse en forma de personas jurídicas, de derecho privado, con la correspondiente autorización estatal para funcionar. Este reconocimiento también les dará la posibilidad, eventualmente, de designar árbitros sectoriales, para el Sistema de Arbitraje de Consumo.

La ley 24.240 dedica todo un Capítulo, el 14, a las Asociaciones de Consumidores; y, al establecer las facultades y atribuciones de la Secretaría de Industria y Comercio, le otorga, en el inciso b) la de “mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores”<sup>257</sup>; sin embargo no se encuentra prevista la creación ni mantenimiento de ningún registro de asociaciones o cámaras empresarias. La única referencia, como ya mencionáramos, se encuentra en el capítulo 15, que trata del arbitraje, cuando refiere que se podrá invitar para integrar los tribunales arbitrales a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan “las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias”<sup>258</sup>.

Nos parece interesante comentar acerca de una institución de alcances interesantes. Brasil, que tiene un sistema protectorio mucho más afianzado y completo incorpora en su Código de Defensa del Consumidor una disposición que traslada un instituto que, al menos en nuestro país, es propio del Derecho Laboral, al ámbito del Derecho de Consumo, cuando destina el

---

<sup>257</sup> Ley 24.240, artículo 43.

<sup>258</sup> Ley 24.240, artículo 59.

Título V, que denomina “De la Convención Colectiva de Consumo”. Establece un sistema particular de regulación del tema en estudio, que dice: “Las entidades civiles de consumidores y las asociaciones de proveedores o cámaras de categoría económica pueden regular, por convención escrita, las relaciones de consumo que tengan por objeto establecer condiciones relativas al precio, calidad, cantidad, garantía y características del producto y servicios, así como la reclamación y composición de conflictos de consumo. § 1. La convención se tornará obligatoria a partir del registro del instrumento en el archivo de títulos y documentos. § 2. La convención sólo obligará a los afiliados de las entidades signatarias. § 3. No se exige de cumplir la convención el proveedor que se desvincule de la entidad con fecha posterior al registro del instrumento”<sup>259</sup>.

Vemos con complacencia dicha posibilidad, atento que permite la auto-composición de las partes, de cuestiones que hacen a sus intereses, previa concertación, mediante diálogo. Este tipo de conductas deben ser promovidas, puesto que fomentan la educación para el consumo y la formación en técnicas de negociación; pero más allá de ello, la responsabilidad de cada una de las partes que intervienen en el fenómeno del consumo, dado que al llegar a una convención o acuerdo, son los mismos actores quienes se hacen cargo de tomar las decisiones que consideran más apropiadas o convenientes. Es fácil observar que, en esta situación el consumidor no es un “débil”, puesto que al estar agrupado, posee la fortaleza que le otorga el defender un interés común, siendo conciente que sus decisiones pueden afectar al otro sector y, por ello, debiendo aprender, también, a administrar ese “poder”, sin incurrir en conductas abusivas idénticas a las que se critica y sanciona cuando provienen de los Empresarios. En definitiva, obrar con buena fe-lealtad, honesta, cooperativa y solidariamente. El comentario surge de un análisis superficial, tal vez meta jurídico, teniendo presente que no hace al meollo del tema en tratamiento; sin embargo nos pareció útil hacerlo.

---

<sup>259</sup> Código brasileño de Defensa del Consumidor, artículo 107.

Estas técnicas de resolución de conflictos –en este caso aplicada a sujetos colectivos– resultan de particular relevancia en la problemática del consumo, puesto que pueden traer mayor celeridad, economía y satisfacción en la solución de desavenencias. Nuevamente nos encontramos, con un tema apasionante y de vibrante actualidad, que dejamos planteado para futuras investigaciones.

## **VI. ÁMBITO OBJETIVO**

---

### **VI. a. CONTRATOS DE CONSUMO**

El ámbito objetivo de esta “nueva rama” del Derecho está constituido por las relaciones de consumo que, en principio, se encuentran definidas por los sujetos intervinientes –productor y consumidor– y el destino dado a las cosas o servicios –consumo final–.

Ahora bien, esas relaciones se efectivizan a través de la concreción de los llamados “contratos de consumo”, que tienen una caracterización idéntica en lo que respecta a sujetos intervinientes y finalidad. Como ya mencionáramos, los contratos que se celebran en este ámbito son, generalmente, de adhesión a condiciones generales de la contratación –tema sobre el cual ampliaremos *infra*–.

Como un mero repaso de lo expuesto al respecto, diremos que en ellos existe habitualmente una parte fuerte, constituida por el experto - proveedor, y una parte débil, encarnada por el profano – consumidor, lo que constituye una asimetría en el poder de negociación digna de la tutela del sistema jurídico. La mentada disparidad de fuerzas tiene tres dimensiones: económica, ya que en la mayoría de los casos el empresario posee mayor poder en tal sentido; cognoscitiva, puesto que el proveedor es el experto y tiene mayor información respecto de la cosa o servicio que ofrece; y jurídica, derivada de la facultad ejercida por el proveedor, de predeterminedar el contenido del contrato. Consideramos a esta última como de mayor relevancia y presente en todos los casos de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, que constituye el medio más usual de negociación en las relaciones de consumo.

Realmente, en términos clásicos, no existe una “voluntad común”, dado que el contenido del contrato responde a la voluntad de una sola de las partes y a la otra sólo le cabe el aceptar o no sus condiciones, poniendo de manifiesto una absoluta restricción de la autonomía de su voluntad.

A pesar de ello, el ordenamiento jurídico le otorga consecuencias vinculantes puesto que existe un propósito práctico perseguido por las partes, que es la celebración del contrato y su consecuente cumplimiento. Como bien se señala<sup>260</sup>, en los contratos de adhesión no es posible interpretar una voluntad común porque ésta no existe.

La situación de disparidad entre las partes, que ya ha sido expuesta, convierte en imprescindible la intervención de los operadores jurídicos, a efectos de intentar una solución que contemple la posibilidad de reimplantar la equidad de las prestaciones, toda vez que ésta se vea alterada por contenidos abusivos o perjudiciales para la parte adherente.

En tal sentido, se ha opinado: “Pocas cosas hieren tanto el sentido de justicia, como el desequilibrio entre las prestaciones intercambiadas por las partes, desigualdad que puede ser el fruto del aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra el otro sujeto, o que puede aparecer con posterioridad a la celebración del contrato, por una alteración de circunstancias que torna sumamente gravosa la situación para una de las partes. El que pretende aprovechar ese desequilibrio, sea originario o sobrevenido, atenta contra la buena fe que debe inspirar toda relación comercial, lo que exige al jurista aguzar su ingenio en la búsqueda de un remedio que haga reinar en su plenitud la justicia contractual”<sup>261</sup>.

Por su parte, la buena fe también presenta aristas particulares en las relaciones de consumo, aplicándose con especial rigor en lo que respecta a las actitudes del productor-predisponente, quien se encuentra en una privilegiada posición en la relación jurídica que comentamos. “De esta forma, la buena fe amplía el marco de las pretensiones más allá de lo estrictamente estipulado por las partes. (...) De esta forma, la buena fe, en su función que analizamos, acuerda al consumidor o usuario el derecho a exigir no sólo las

---

<sup>260</sup> MAZEAUD, Henri, León y Jean y François CHABAS. *Leçons de Droit Civil*, 6ª ed., Motchrestien, París 1978, t. II, vol. 1, N° 350. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit. pág. 220, nota 40.

<sup>261</sup> MOISSET de ESPANÉS, Luis. 1989. *Ponencia presentada a Congreso realizado en Lima, Perú*, publicada en el Libro del Congreso, cuya versión disponemos por gentileza de su autor, pág. 2.

calidades propias genéricas del bien o servicio de que se trate, sino también todo lo que se ha ofrecido en la actividad promocional, aunque no se haya particularizado individualmente en el contrato”<sup>262</sup>.

Con idéntica técnica a la utilizada para desarrollar el ámbito subjetivo, procederemos a la exposición de lo dispuesto en nuestra legislación interna, analizando parte a parte las definiciones otorgadas.

Cuando la ley 24.240 determina a qué contratos alcanza su protección, menciona: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”<sup>263/264</sup>.

Pasando a los distintos supuestos, diremos:

a) *Adquisición o locación de cosas muebles*

Para definir qué se entiende por “adquisición” se ha dicho: “acción de adquirir; y Adquirir: ganar, conseguir con el propio trabajo o industria. Comprar. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”<sup>265</sup>; también podríamos decir que es la obtención de una cosa. Como definición de “locación” se ha expresado: “arrendamiento”<sup>266</sup>, que podríamos aclarar como el acto por el cual se concede el uso y goce de una cosa.

Ahora bien, la Ley se refiere a “cosas muebles”; ¿con qué sentido utiliza la Ley el término “cosas”? Para responder adecuadamente debemos

---

<sup>262</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., 1991. “Publicidad, buena fe y protección al consumidor”. Derecho del Consumidor. Tomo 1, pág. 128. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>263</sup> Ver artículo 1 de la Ley 24.240.

<sup>264</sup> Este artículo fue reglamentado por el decreto 1.798 del año 1994, artículo 1<sup>a</sup>, que dice: “a) Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis). b) En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados. c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”.

<sup>265</sup> Diccionario de la Lengua Española. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>266</sup> Diccionario de la Lengua Española. [www.rae.es](http://www.rae.es)

remitirnos al plexo normativo argentino que, en este caso está constituido, con carácter supletorio, por el Código Civil, que las define como: “*los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”, y aclara, “*Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*”<sup>267</sup>.

¿Cuándo esas cosas tienen el carácter de “muebles”? Si recurrimos nuevamente al Código Civil, podremos observar que las define como aquellas que “*pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea porque sólo se muevan por fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles*”<sup>268</sup>; ampliando “*Son también muebles todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etc.; las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo del suelo; los materiales reunidos para la construcción de edificios mientras no estén empleados; los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos personales*”<sup>269</sup>.

Lógicamente, estas cosas deberán estar en el comercio<sup>270</sup>, ser posibles material y jurídicamente, y no ser contrarias a la Ley o las buenas costumbres –respondiendo a la normativa general–.

En numerosas legislaciones extranjeras, en lugar de hacer referencia a las cosas, se menciona al producto, que sería una cosa que ha pasado por un proceso de “producción”, sea éste de industrialización o comercialización, por eso se habla de “producto elaborado”. Si bien este concepto se encuentra ampliamente difundido, no ha sido receptado en el texto legal argentino. A pesar de ello, la jurisprudencia lo ha utilizado en reemplazo del término “co-

---

<sup>267</sup> Código Civil Argentino, artículo 2.311.

<sup>268</sup> Código Civil Argentino, artículo 2.318.

<sup>269</sup> Código Civil Argentino, artículo 2.319.

<sup>270</sup> En este sentido, el artículo 2.336 del Código Civil expresa: “*Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública*”.

sa”, en algunos fallos, principalmente atinentes a temas de responsabilidad por daños.

b) *Prestación de servicios*

Se ha definido servicio como el “conjunto de elementos personales o materiales que, debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública”<sup>271</sup>. Se ha dicho que el concepto de prestación de servicios de la Ley es más amplio que el establecido por el Código Civil al referir a la locación de servicios, quedando incluido en el concepto, la locación de obras; es decir que el quehacer comprometido puede estar constituido por una obligación de medios o de resultado, en forma indistinta<sup>272</sup>.

c) *Adquisición de inmuebles*

En lo que refiere al concepto de adquisición, ya ha sido dado. En cambio, la definición de inmuebles vuelve a remitirnos al texto del Código Civil, cuando reza: “*Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre*”<sup>273</sup>; y también: “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga en carácter de perpetuidad*”<sup>274</sup>. A éstas le siguen otras descripciones, referidas a los inmuebles llamados “*por accesión física*”<sup>275</sup> o “*por carácter representativo*”<sup>276</sup>, pero estimamos que es a los dos primeros tipos a los que se refiere la Ley 24.240, cuando menciona que deberá tratarse de:

- o *Inmuebles nuevos*, –Se entiende por nuevo, el inmueble a construir–

---

<sup>271</sup> OSSORIO, Manuel. Ob. Cit. pág. 703.

<sup>272</sup> FARINA, Juan. Ob. Cit. pág. 76.

<sup>273</sup> Ver artículo 2.314 del Código Civil Argentino.

<sup>274</sup> Ver artículo 2.315 del Código Civil Argentino.

<sup>275</sup> Ver artículo 2.316 del Código Civil Argentino.

<sup>276</sup> Ver artículo 2.317 del Código Civil Argentino.

se, en construcción o que nunca haya sido ocupado<sup>277</sup>.

- o *Que sean destinados a vivienda*, –lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas<sup>278</sup>.
- o *O lotes de terreno*<sup>279</sup> *adquiridos con el mismo fin*.
- o Sólo cuando la “*oferta sea pública*” y a “*personas indeterminadas*” –lo que da clara idea de la falta de la etapa de la negociación.

En otro orden, cabe hacer mención de los contratos que la ley ha excluido en forma expresa de su ámbito de cobertura, cuales son: “*los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas*”<sup>280</sup>. Consideramos útil destacar como primordialmente trascendente el primero de los elementos; que determina que los contratos deben haber sido realizados entre consumidores. En este supuesto no existiría la asimetría en el poder de negociación y, por tanto, no resulta necesaria la intervención tutelar del Estado; las partes tienen toda la habilidad y capacidad para auto componer sus negocios y el sistema jurídico sólo respaldará esas decisiones, dándole fuerza obligatoria. Es el mismo fundamento que el utilizado para los mega contratos, también llamados “paritarios”, por estar realizados entre “pares”; aquí también, los dos consumidores que contratan son “pares”, en situación de igualdad para negociar y, por tanto, entre ellos debe aplicarse el principio “*pacta sunt servanda*”, dispuesto en el Código Civil argentino<sup>281</sup>.

En lo que refiere a aquellos contratos de “*servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello*”, que también se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, nos remitimos a lo expresado al abordarlos dentro del comentario al ámbito subjetivo, *supra*.

---

<sup>277</sup> Según artículo 1, inciso c) del Decreto 1.798/94, reglamentario de la Ley 24.240.

<sup>278</sup> *Diccionario Real Academia Española*. Ob. Cit. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>279</sup> Se refiere al concepto dado en el artículo 2.314 del Código Civil Argentino.

<sup>280</sup> Ver artículo 2º, 1º párrafo, in fine de la Ley 24.240.

<sup>281</sup> Código Civil Argentino, artículo 1.197.

## **VI. b. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

En general, como adelantáramos, los contratos de consumo se instrumentan mediante contratos de contenido predispuesto y celebrados por adhesión, en los cuales las condiciones son predeterminadas por el proveedor, a través de condiciones generales, y no pueden ser discutidas por el consumidor. En ellos se distorsiona absolutamente el principio de equilibrio de las partes.

Con referencia a ello, el Código del Consumidor brasileño<sup>282</sup>, define: *“Contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido...”*

El contrato es el soporte jurídico de los intercambios económicos. La legislación autoriza la libertad de contratación y la consecuente autonomía de la voluntad, para establecer sus contenidos; de donde surge que el contrato será el resultado de la “declaración de voluntad común”, arribada luego de negociaciones, transacciones y definitivo acuerdo.

En el supuesto de los contratos negociados, “en efecto, la libre negociación del contrato entre las partes supone no sólo que ellas llegan a un acuerdo por medio de concesiones recíprocas, sin que la una imponga necesariamente su voluntad a la otra, sino también que disposiciones imperativas de la ley no vengán a atentar contra la facultad de determinar libremente el contenido del contrato”<sup>283</sup>. Esto no impide que la legislación prevea límites al ejercicio de esa autonomía, en resguardo de supremos intereses o valores de alcance social.

Frente al contrato negociado, paritario, el contrato cuyo contenido ha sido predeterminado por una de las partes, acarrea el sometimiento de la voluntad de la otra, a estas disposiciones. “En contra de lo que, a principios de siglo pretendieron algunos autores que se negaron a ver en el contrato de

---

<sup>282</sup> Código de Consumidor brasileño, artículo 54, primer párrafo.

<sup>283</sup> LARROUMET, Christian. Ob. Cit. Volumen I, pág. 120.

adhesión un contrato verdadero, la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente”<sup>284</sup>.

A pesar de que, nominalmente, el adherente-consumidor dispone de la posibilidad de negarse a contratar, son numerosos los casos en que estos contratos revisten el carácter de “necesarios” –cuando se trata de satisfacer necesidades esenciales indispensables–; o hasta “forzosos”, en todos los casos en que exista una situación de monopolio u oligopolio. En estos dos casos es cuando surge imperativa la intervención del Estado, en defensa del “orden público económico de protección”, a efectos de restablecer el equilibrio que se encuentra seriamente afectado<sup>285</sup>.

Como ya lo sostuvimos *supra*, los contratos de consumo se perfeccionan, la mayoría, a través de instrumentos predispuestos y por adhesión.

Éstos se llevan a cabo mediante la utilización de condiciones generales de la contratación, también llamadas cláusulas standard. Así las denominan los principios de UNIDROIT, refiriéndose a ellas como “*aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte*”<sup>286</sup>.

En otro orden, podemos definir al contrato concluido por adhesión como “aquel cuyo contenido es impuesto por una de las partes contratantes a la otra sin posibilidad de modificación o colaboración de esta última en su confección, y en el que, además, suelen concurrir las notas de ser empleados por un “*operatore económico*”, hallarse provistos de un contenido tenden-

---

<sup>284</sup> LARROUMET, Christian. Ob. Cit., pág. 120.

<sup>285</sup> En tal sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala C, el 19/11/87, ha determinado: “En la interpretación de los contratos por adhesión se debe acentuar el conjunto de derechos del adherente, volcándose el peso de las obligaciones sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas, pues el otro, parte débil en el negocio, no ha tenido oportunidad plena de deliberar, sino que únicamente ha aceptado las fórmulas. Por lo tanto, y más allá de las palabras empleadas en dicho acto y de la declaración que hayan dado las partes en la causa, la índole particular del negocio debe determinarse con independencia de ello, según el contenido de las prestaciones y su causa”.

<sup>286</sup> Principios de UNIDROIT, artículo 2.19.

cialmente uniforme y haber sido predispuestos con la finalidad de ser aplicados no a una concreta relación contractual, sino a una pluralidad indeterminada de éstas. Por tanto, brevemente, se pueden considerar de adhesión aquellos contratos concluidos mediante condiciones generales<sup>287</sup>. También se ha dicho que: “son aquellos cuyas cláusulas son predispuestas por uno solo de los futuros contratantes y que el otro no concurre a elaborarlas, mediante tratativas<sup>288</sup>”.

Es en este marco que puede observarse la reiterada y permanente inclusión de cláusulas lesivas, en perjuicio de los consumidores, en una grave oposición a las conductas exigidas por la buena fe.

Ante esta situación surge, palmariamente, la necesidad de establecer medidas tuitivas para el consumidor, determinando consecuencias jurídicas que eviten el abuso que pretenden cometer los proveedores, a través del establecimiento de las llamadas cláusulas abusivas.

Recordemos que estos contratos son celebrados, generalmente, mediante condiciones generales de la contratación, predeterminadas y frente a las cuales el consumidor se ve constreñido a adherir.

Se entiende por condiciones generales de la contratación las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se aplican a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos, es decir que son utilizadas para la contratación standarizada, también llamada “en masa”.

Esto determina el primer carácter que presentan, cual es el de ser “generales”, establecidas para una cantidad indeterminada de posibles contratantes.

En segundo término podemos mencionar que deben haber sido predeterminadas por uno de los contratantes. Ello otorga el carácter de “predisponente” al proveedor y el consecuente de “adherente”, en este caso, al con-

---

<sup>287</sup> PAGADOR LÓPEZ, Javier. 1999. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, pág. 22. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.

<sup>288</sup> MESSINEO, Francesco. 1959. *Manuale de Diritto Civile e Commerciale. Codici e norme complementari*. Volume III, pág. 630. Editorial Guiffré. Milán. Italia.

sumidor. Realmente, aquí no interesa quién las haya redactado –puede ser el mismo empresario o un tercero–; lo relevante es haberlas tomado como contenido indiscutible de la propuesta negocial hacia los consumidores. “Sin embargo, también cabría entender incluidas entre las condiciones generales de la contratación las cláusulas no escritas que lleguen a ser conocidas e impuestas al consumidor, interpretando el término “redactadas” en el sentido de “formuladas”<sup>289</sup>.

En tercer lugar, derivado de las condiciones anteriores, los sujetos deben revestir la calidad de proveedor-empresario-predisponente y el otro el de consumidor-usuario-adherente.

“Finalmente, caracteriza a las condiciones generales de la contratación el que el consumidor o usuario no pueda evitar su aplicación, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Es lo que se conoce como rigidez o inevitabilidad de las condiciones generales de la contratación, que puede entenderse en sentido absoluto o relativo. En sentido absoluto significaría que sólo con ese Proveedor puede el cliente contratar ese bien o servicio; evidentemente, en las condiciones que impone. Dicho de otra manera, significaría que la Empresa actuaría en el mercado en régimen de monopolio. En su sentido relativo la inevitabilidad significa que la Empresa a la que se dirige el consumidor o usuario para obtener el bien o servicio sólo contrata bajo las cláusulas, condiciones o estipulaciones que impone. La opinión común es entender la rigidez en este segundo sentido”<sup>290</sup>.

En el caso de los contratos de consumo, “las cláusulas se encuentran predisuestas por quien las impone, de modo tal que los interesados se limitan a adherir o rechazar el convenio en su conjunto, sin posibilidad de negociar sus términos o influir en su contenido (“*take it or leave it*” en inglés – “tómalo o déjalo” en español–). El *modus operandi* será normalmente el de

---

<sup>289</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. 1998. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”. En: *Contratación y consumo*. Director: Orduña Moreno, Francisco Javier, pág. 296. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. España.

<sup>290</sup> Ídem, pág. 296.

erigir una suerte de codificación privada, paralela al derecho positivo legislado de manera supletoria, y en muchos casos en oposición a éste”<sup>291</sup>.

Referente a ésta técnica contractual, ha escrito Saleilles: “Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer. ...; se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de ese acuerdo ya creado por el mismo”<sup>292</sup>.

Existen diversos sistemas para dar tratamiento legislativo al instituto en cuestión. Hay países que lo incorporan a su Código Civil, tal como Italia y actualmente, Alemania; otros que poseen una legislación especial a su respecto, como algunos países de la Unión Europea, como Francia; unos que los consideran en una legislación especial sobre condiciones generales de la contratación y en la Ley de Defensa de los Consumidores, como España; otros que los tienen previsto en el Código Civil y en la Ley de Defensa del Consumidor, como Paraguay y Perú; y otros, como la Argentina, que sólo lo abordan en la Ley de Defensa del Consumidor, sin efectuar un desarrollo del tema de las Condiciones Generales de la Contratación. Debemos hacer la salvedad que el Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio, de 1998, incorpora en dicho cuerpo normativo lo relativo a Condiciones Generales, dejando independiente el sistema de Defensa del Consumidor, tal el sistema español.

La Ley de Defensa del Consumidor argentina, número 24.240 no contiene definición alguna de condiciones generales de la contratación, ni de

---

<sup>291</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos. 1987. *Contratos con Cláusulas Predispuestas*. Pág. 449. Editorial Astrea, Buenos Aires. Argentina.

<sup>292</sup> Citado por GARCÍA AMIGO, Manuel. 1995. *Tratado de las Obligaciones y Contratos*. Pág. 211. Editorial Mc Graw Hill, Buenos Aires. Argentina.

contratos de adhesión. Simplemente los menciona en una forma bastante imprecisa, en el Capítulo IX, titulado: De los términos abusivos y cláusulas ineficaces; en los artículos 38 –Contratos de adhesión. Contratos en formulario– y 39 –contratos tipo–.

El Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998, en cambio, brinda una definición de “contrato predispuesto”, considerándolo: “*aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes*”<sup>293</sup>; y de “contrato por adhesión”, cuando dice que “*es el contrato predispuesto en el que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación*”<sup>294</sup>, incorporando lo relativo a Condiciones Generales, dejando independiente el sistema de Defensa del Consumidor, tal el sistema español.

Se ha sostenido que “Se suele emplear esta expresión para aludir a aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, en tanto que a la otra sólo le está permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”<sup>295</sup>.

La Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, de la República del Paraguay<sup>296</sup>, menciona al contrato de adhesión como “*aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido*”<sup>297</sup>; y también cuando expresa: “*Se entenderá por contrato de adhesión, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por*

---

<sup>293</sup> Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998, artículo 899, inciso c.

<sup>294</sup> Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998, artículo 899, inciso e.

<sup>295</sup> DIEZ PICAZO, Luis. 1996. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Quinta Edición, pág. 139. Editorial Civitas. Madrid. España.

<sup>296</sup> Ley 1.334, de Defensa del Consumidor y del Usuario de la República del Paraguay, del 15 de septiembre de 1998.

<sup>297</sup> Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y del Usuario, artículo 4, inciso h).

*el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”<sup>298</sup>.*

El Código de Defensa del Consumidor de la República Federativa de Brasil<sup>299</sup>, los trata en su Sección III. De los contratos por adhesión, refiriéndose como “*aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido*”<sup>300</sup>.

“Para terminar de aproximarnos a los caracteres del fenómeno en análisis, resultará interesante mencionar las notas definitorias de la contratación por adhesión en la consideración del célebre profesor uruguayo Jorge Gamarra. Así, el doctrinario destaca que:

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

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

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

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

d) que los contratos se pacten en las mismas condiciones es también consecuencia inevitable del empleo de módulos o formularios impre-

---

<sup>298</sup> Ley paraguaya de Defensa del Consumidor y del Usuario, artículo 24.

<sup>299</sup> Código de Defensa del Consumidor de la República Federativa de Brasil. Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990. La traducción nos pertenece.

<sup>300</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 54. La traducción nos pertenece.

sos, a los que debe ajustarse la contratación: contratos en masa, automáticos, impresos.

2º) Sucesiva adhesión de consumidores a dicho esquema contractual preestablecido; estos carecen de toda posibilidad de modificarlo y ni siquiera pueden discutirlo. Y en consecuencia:

a) se suprime de la etapa de tratativas;

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

3º) Superioridad económica del predisponente (por lo general una empresa que goza de monopolio) y consecuente “estado de necesidad” (inferioridad o sometimiento) del adherente (parte débil, no organizada), constreñido a “tomar o dejar” el esquema contractual ofrecido<sup>301</sup>.

Parte de la doctrina sostiene que no todos los contratos sujetos a condiciones generales de la contratación son celebrados por adhesión; para que esto último exista debe haber una situación de monopolio u oligopolio, que determine la exclusividad absoluta o relativa del predisponente respecto del bien o servicio de que se trata. Nosotros consideramos que igualmente existe contrato por adhesión a condiciones generales toda vez que no exista para la parte no predisponente la posibilidad de negociar e incorporar modificaciones al contenido prerredactado, aunque se dé la situación antes descripta. De hecho, muchas veces aunque haya varias empresas que comercien en un rubro, se establecen “*cartelizaciones*”, que traen como consecuencia la uniformidad de clausulados, aunque se trate de diferentes sujetos oferentes.

---

<sup>301</sup> GAMARRA, Jorge. 1993. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo IX, “Doctrina General del Contrato”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pág. 207. Citado por Wajtraub, Javier H. “La contratación predispuesta y sus implicancias en el Proyecto de Código Civil de 1998”. Publicado en Picasso, Sebastián, Wajtraub, Javier y Alterini, Juan Martín (Coordinadores), 2001. *Instituciones de Derecho Privado Moderno. El Proyecto de Código Civil de 1998*. Buenos Aires. Argentina. En: [www.Alterini.org](http://www.Alterini.org)

Teniendo presente la inexistencia de una regulación específica del tema en nuestro país, tomaremos como referencia la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española, de 6 de abril de 1998.

Como punto de partida recordemos la definición que brinda al expresar: “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancia, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”<sup>302</sup>.

“En definitiva, el dato concluyente que se deriva de todo lo anterior es que esta forma de contratación permite a una parte imponer unilateralmente a la otra sus términos contractuales en razón de su superioridad social, sin que funcionen los tradicionales mecanismos contractuales o del mercado para garantizar que ese contenido es realmente deseado”<sup>303</sup>.

Ello impone la necesidad de la intervención del Estado, a través del llamado “orden público económico de protección”<sup>304</sup>, intentando recomponer el equilibrio contractual.

No podemos ignorar que las condiciones generales resultan una respuesta adecuada a los problemas que presenta la masificación de la contratación, que trae consigo la necesidad de standarización de los contratos. “El empleo de condiciones generales permite simplificar y acelerar radicalmente la celebración de los contratos reduciendo los costes de negociación (tiem-

---

<sup>302</sup> Ley de Condiciones Generales de la Contratación Española, de 6 de abril de 1998, artículo 1.

<sup>303</sup> BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Ob. Cit., pág. 69.

<sup>304</sup> LORENZETTI manifiesta que “El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado en consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión. Estas circunstancias que antes no interesaban al Derecho, sino a la sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público. Lo que se pretende con este orden público es proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual”. (*Consumidores*. Ob. Cit., pág. 27).

po, medios y actividad) que van asociados a la contratación individual (fundada sobre la discusión de cláusulas concretas)”<sup>305</sup>.

Nadie pondría en duda en nuestros días la utilidad y necesidad de la incorporación de las condiciones generales en la contratación llevada a cabo por las empresas; atento los beneficios de racionalización de tiempo y esfuerzos que traen consigo, frente a la masificación de relaciones negociales que deben afrontar. Tampoco sería posible negar la necesidad de control que conllevan, a fin de evitar que mediante la superioridad que importa el poder de predeterminar el contenido contractual, una de las partes –el empresario– pueda procurarse beneficios ilícitos –por contrariar principios generales establecidos expresamente en la legislación, y aún disposiciones expresas–, en perjuicio de la otra –el consumidor o, al menos, el débil jurídico–, teniendo presente que el mercado no actúa, por sí mismo, como un eficaz y eficiente regulador de las relaciones que en su ámbito se desarrollan. En este último sentido, corresponde establecer la invalidez de aquellas condiciones generales que resulten abusivas, como sanción al predisponente que se ha aprovechado de su posición contractual dominante.

Sin embargo, deberá abordarse el tema con especial cautela, puesto que “limitar de manera indiscriminada y abstracta ciertas condiciones podría, a más de perjudicar a quien en principio se intenta proteger (el sector consumidores), producir fuertes consecuencias negativas en la economía global, ya que los efectos de esta modalidad contractual no se limitan a la sola relación o conjunto de relaciones jurídicas, sino que se extrapolan a la esfera de las estructuras macroeconómicas típicas del capitalismo”<sup>306</sup>.

En tal sentido, resulta conveniente recordar que “Los juristas suelen abordar el estudio de las condiciones generales desde dos premisas general-

---

<sup>305</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. 1991. *Las condiciones generales de la contratación*, pág. 28. Editorial Civitas. Madrid, España.

<sup>306</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura. 2003. *Las Condiciones Generales de la Contratación en los denominados Contratos de Consumo en el ordenamiento jurídico argentino. De la necesidad de su adecuada regulación legal*. Informe final de investigación, perteneciente a Beca de iniciación concedida por la Universidad Nacional del Nordeste. Inédita.

mente admitidas. La primera afirma que las condiciones generales constituyen un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las empresas para hacer frente a una actividad contractual masificada. La segunda alerta sobre la necesidad de su control para impedir que los que las utilizan mejoren su posición contractual a costa de la contraparte y del correcto funcionamiento del mercado”<sup>307</sup>.

“Otros autores, en cambio, pretenden ver más diferencias entre ambos conceptos. Así, García Amigó, indica que los contratos de adhesión se caracterizan porque una de las partes no hace más que prestar su consentimiento a la normativa rígidamente predispuesta por un ente privado o por la propia Administración (como ocurre con las concesiones de servicios públicos, o las condiciones previstas como obligatorias en las normas sobre seguros o tarjetas de crédito, por ejemplo); mientras que las condiciones generales son formuladas siempre privadamente y su rigidez no llega al extremo de que no permitan condiciones particulares que las contradigan (prevaleciendo por su carácter especial). Por tanto, aunque en la mayoría de los casos coincidan, podría haber contrato de adhesión sin condiciones generales, y viceversa”.<sup>308</sup>

Estimamos que puede concluirse que “condiciones generales de la contratación” refiere al contenido predispuesto del contrato, aquello que se pone a consideración del consumidor como sustrato material; y “contratos por adhesión” son aquellos en los que el consumidor se ve obligado a aceptar aquel clausulado en su totalidad, toda vez que quiera acceder al bien o servicio; en caso contrario, no hay contratación, constituye la forma de perfeccionamiento del negocio.

“Por eso, algunos autores, sostienen que las primeras tienen un fundamento objetivo (son creadas en abstracto) y toman en cuenta el punto de vista del empresario al momento de crearlas para su propio beneficio. En tanto que el segundo posee una plataforma subjetiva (se concluye frente a un

---

<sup>307</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. Ob. Cit., pág. 27.

<sup>308</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura. Ob. Cit.

contratante específico y determinado que presta su consentimiento de una manera muy particular) y por lo mismo toma en consideración el punto de vista del adherente”<sup>309</sup>.

La jurisprudencia argentina ha emitido opinión respecto de este ítem, al sostener: “Contrato de adhesión es una expresión elíptica con que se designa a los contratos en los cuales el consentimiento se forma mediante la adhesión de una de las partes a las cláusulas impuestas unilateralmente por la otra”<sup>310</sup>. También ha dicho: “La posibilidad de la existencia de contrato de adhesión está dada por la existencia de monopolios, legales o de hecho, u oligopolios en la realización de determinados trabajos o prestación de ciertos servicios, que colocan al cocontratante en la imposibilidad de discutir las condiciones de las operaciones sometiéndolo a la inexcusable alternativa de aceptar las que le son impuestas o no contratar, y creando, por consiguiente, la debilidad de una de las partes en la relación jurídica, debilidad que no necesariamente coincide con la menor capacidad económica –pues el económicamente fuerte puede verse precisado a recurrir a actividades monopolizadas– pero que se relacionan estrechamente con el estado de necesidad”<sup>311</sup>.

“Ello elimina la instancia de la tratativa, que queda sustituida por la técnica de la predisposición de un contenido uniforme dirigido a grandes masas de consumidores y usuarios. ... La contratación predispuesta halla explicación, entre otras razones, en la naturaleza misma de la actividad que ejerce el predisponente en cuanto requiere uniformidad de vínculos con cada integrante de una gran masa de consumidores y usuarios y de allí que aparezca como materialmente imposible introducir entre contrato y contrato sacrificándose así la discusión paritaria de cada cláusula o de su conjunto en

---

<sup>309</sup> GLIBOTA LANDRIEL, refiere que en el mismo sentido se expiden: BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. Ob. Cit., pág. 61, ALTERINI, Atilio A. 1998. Ob. Cit. pág. 134; FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Modalidades de la contratación empresarial, pág. 81. Ob. Cit.

<sup>310</sup> CNCiv., Sala C, 1975/09/30. La Ley, 1976-B, pág. 125.

<sup>311</sup> CNCiv., Sala C, 1975/09/30. La Ley, 1976-B, pág. 125.

favor de una contratación dinámica que responda más acabadamente a criterios de racionalización de la empresa”<sup>312</sup>.

Teniendo presente que se celebran por adhesión, generalmente contratos con condiciones generales, y el criterio seguido por acreditada doctrina en la Argentina<sup>313</sup>, así como el muy incipiente e irregular desarrollo que ha tenido en nuestra legislación; a los efectos de este estudio en que tratamos de la contratación con consumidores que habitualmente reúne ambas calidades, utilizaremos ambas expresiones indistintamente.

Así se ha dicho: “En consecuencia, la denominación que adopta el contenido del documento que instrumenta el contrato por adhesión es el de condiciones generales o cláusulas predispuestas. Como se advierte, se trata de frases intercambiables: dicen y quieren decir lo mismo. Lo que ha permitido afirmar que se ha consolidado en la doctrina y la jurisprudencia aceptar como inescindibles, lo que hoy se enuncia como un único fenómeno jurídico: que el contrato por adhesión lo es a condiciones generales predispuestas”<sup>314</sup>.

Ahora bien, habiendo destacado la inevitabilidad de la utilización de las condiciones generales de la contratación como nuevo instrumento de formalización de negocios jurídicos, la doctrina se ha ocupado de señalar sus ventajas para el empresario y el consecuente riesgo que importan para el consumidor, en su carácter de débil jurídico, en este orden.

---

<sup>312</sup> STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ. 1992. “El control de las cláusulas contractuales predispuestas en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial”. *Derecho del Consumidor* N° 2, pág. 42. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>313</sup> “La doctrina argentina no ha receptado el distingo entre cláusulas generales del contrato o de los contratos y las “condiciones generales de la contratación”, definidas como “conjunto de normas o de reglas, unilateralmente dictadas pro una empresa mercantil o industrial o por un grupo de empresas, a fin de que con arreglo a ellas se reglamenten todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas o grupos de empresas vayan celebrando en sus actividades comerciales” (DÍEZ-PICAZO, Luis, 1979. *Derecho y masificación social*. Civitas, Madrid, 1979. Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 25, nota 13).

<sup>314</sup> ALPA, Guido. *Condizioni generali di contratto, N.G.C.C.*, 1988, N° 2, pág. 28. Citado por Stiglitz, Rubén. 2000. “La regulación de los contratos de consumo. Una visión en paralelo entre el Proyecto de Código Civil de 1998 y la Ley de Defensa del Consumidor”. *Derecho del Consumidor*, N° 11, pág. 33. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

Así, “Alfaro Águila-Real<sup>315</sup> sostiene que los efectos racionalizadores que trae para la empresa el uso de las condiciones generales pueden identificarse en cuatro grupos: a) reducir los costes de celebración y regulación de los contratos; b) favorecer la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; c) facilitar la coordinación entre éstos; y d) hacer posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece”.

Se menciona, asimismo, como otra ventaja, la de promover la seguridad jurídica, teniendo presente que ambas partes conocerán de antemano las condiciones de la contratación y, en su consecuencia, podrán calcular y establecer más fácilmente sus costos y ganancias. Si bien debemos coincidir en que, tal vez, ambas partes puedan realizar dichos cálculos, manifestamos disidencia con la función positiva que pretende adjudicárseles a través de esta consideración, puesto que, nuevamente, es de destacar que el contenido será absolutamente predispuesto por el empresario y el consumidor seguirá revistiendo en la categoría de débil, sin posibilidad alguna de intervenir en su redacción o imponer alguna modificación en su beneficio.

En este orden, se ha sostenido: “El interés prioritario de contar con las Condiciones Generales de la Contratación no son los clientes, es la necesidad de acoplar la organización de la empresa a un mercado masificado, es la necesidad de poner a la empresa a tono con su entorno y a la competencia con los demás agentes económicos, de calcular costos y prever riesgos, procurando minimizarlos o diluirlos. Lo grave es cuando se pretende maximizar los beneficios de la contratación estandarizada a costa de los adherentes o usuarios, negando importancia al desequilibrio contractual, a la desproporción que existe entre una y otra parte, sacrificando la transparencia, la equidad, la conmutabilidad, la buena fe, la justicia, etc., en aras de la eficiencia y la rentabilidad empresarial como únicos valores”<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Ob. Cit., pág. 28.

<sup>316</sup> VEGA MERE, Yuri. 2001. *Contratos de Consumo. Consideraciones preliminares sistémicas a favor de su construcción dogmática*. Editorial Grijley. Lima. Perú.

A esto puede agregarse que, en primer término, las condiciones generales, al ser predeterminadas por una de las partes, es a ella a quien tenderán a proteger; en segundo término, que pueden incluir cláusulas abusivas y, en ningún caso podríamos aceptar que constituye seguridad jurídica para el posible adherente el conocer, simplemente, que será sometido a aquéllas. También podría pensarse en las cláusulas limitativas de responsabilidad, que lo que pretenden es trasladar los posibles costos por daños que puedan causarse con el producto o servicio al adherente para, de esa manera, establecer “claramente” los costos del productor, atento la eliminación de la factibilidad de su ocurrencia a su cargo; pero la contrapartida será absolutamente adversa para el consumidor.

Lo que realmente le brinda seguridad jurídica es la legislación tuitiva y su aplicación por parte de los Magistrados. De ello surge, nuevamente, la necesidad de control por parte del Estado de las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato, teniendo presente la situación de debilidad jurídica del adherente.

“En cuanto a la posibilidad de colmar lagunas legales, es obvio que las partes podrán regular nuevas formas de contratación y prever consecuencias no contempladas en la Ley; es innegable que las condiciones generales pueden dotar a los contratos de una regulación más completa y detallada que el derecho dispositivo, previendo numerosas cuestiones no recogidas en éste; pero ello no puede dar lugar lícitamente a que una de las partes, más poderosa, pueda establecer una regulación de la relación contractual en su exclusivo beneficio, imponiéndola a la otra, con desprecio de sus derechos y expectativas, con el pretexto de estar contemplando cuestiones no previstas legalmente; su facultad de crear reglas en ausencia de previsiones legales no puede justificar un desequilibrio contractual”<sup>317</sup>.

Del mismo modo que hemos señalado las ventajas que puede importar el uso de condiciones generales de la contratación, resulta necesario estable-

---

<sup>317</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura. Ob. Cit.

cer las consecuencias nocivas que puede provocar su utilización. Entre ellas, podemos señalar a la definición de una posición de asimetría en la negociación entre las partes, que genera un doble resultado: el fortalecimiento del predisponente y posibilidad de establecer condiciones en su beneficio, y el consecuente debilitamiento del consumidor y factibilidad de inserción de cláusulas abusivas, en su perjuicio.

En otro orden, existen diversas teorías a fin de justificar la validez de las condiciones generales de la contratación.

1) Teoría normativista, que les otorga carácter vinculante, fundado en un poder delegado al empresario, para establecer una “norma” de carácter privado, aunque no particular.

2) Teoría contractualista, que sostiene que las condiciones generales de la contratación constituyen cláusulas de un contrato, que se presentan como oferta y cuya aceptación se realiza mediante el acto de la adhesión.

3) Teoría de la eficacia meramente declarativa, que les adjudica un efecto meramente declarativo, deviniendo su funcionalidad de la obligatoriedad que les confiere la ley respectiva.

Esta última postura es sostenida por Alvaro Águila Real, quien sostiene que ha nacido un derecho nuevo, el “Derecho de las condiciones generales”.

Manifiesta que: “El fundamento contractualista de la validez de las condiciones generales ha conducido a una incorrecta comprensión de la cláusula general provocando que el legislador la concibiera como un límite a la “libertad contractual” del predisponente cuando su función es indicar a los jueces que sólo deben admitir la validez de las condiciones generales cuyo contenido sea conforme con las normas y principios legales”<sup>318</sup>. Así, mientras los contratos paritarios clásicos deben someterse a los límites de la ley, la moral y el orden público, como únicos condicionantes de la autonomía de la voluntad; las condiciones generales de la contratación deben en-

---

<sup>318</sup> ALFARO AGUILA REAL, Jesús. Ob. Cit., pág. 94.

cuadrarse en los límites impuestos por la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

“Ha dicho Clavería Gosalbez con especial acierto: “Implica una transformación espectacular del concepto de contrato, que, de estar basado en el consentimiento, pasa a ser un mecanismo jurídico de incidencia sobre el circuito económico, más controlado por su contenido que por el proceso de su formación, ya no se podrá decir (...) que siempre el contrato es un consentimiento sobre una causa manifestado mediante una forma, siendo la causa síntesis del contenido, pues éste puede no ser producto del acuerdo, del consentimiento de los dos contratantes”<sup>319</sup>.

Simplemente, mencionamos la existencia de distintas posiciones a este respecto, puesto que consideramos que su tratamiento in extenso excede las pretensiones de este trabajo<sup>320</sup>.

Desde otra óptica, es dable resaltar que, si bien existe una fuerte tendencia en la doctrina, la jurisprudencia y el entendimiento vulgar a relacionar a las condiciones generales de la contratación con los contratos de consumo, lo cierto es que éstas existen también en contratos celebrados entre empresarios.

Es en virtud de ello que, a pesar de iniciales resistencias, existen leyes de protección al consumidor que incluyen a los pequeños empresarios dentro de su régimen. También por vía jurisprudencial se ha concedido a éstos la extensión de la protección, a pesar de no estar mencionados como sujetos destinatarios de la norma. Esta tendencia se ha visto superada en aquellos países que legislan en forma específica sobre “Condiciones generales de la contratación”, como en Alemania<sup>321</sup>, España<sup>322</sup>, Portugal<sup>323</sup>, Italia<sup>324</sup>. En Latinoamérica no se tiene conocimiento de ningún país en que exista una

---

<sup>319</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura. Ob. Cit.

<sup>320</sup> En este sentido, puede consultarse: GLIBOTA LANDRIEL, Verónica M. L., Ob. Cit.

<sup>321</sup> Código Civil alemán, vigente desde enero de 2002.

<sup>322</sup> Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>323</sup> Decreto-Ley portugués, de 31 de Agosto de 1995, sobre Régimen Jurídico de las Condiciones Generales de la Contratación.

<sup>324</sup> Código Civil italiano, artículos 1.341 y 1.342.

norma especial al respecto; algunos tienen incluidas disposiciones sobre el tema dentro de los Códigos Civiles –como el caso de Perú y Paraguay–.

En nuestro país, se incorporaba el tema en el proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, de 1998. Cabe recordar que sus disposiciones no serían aplicadas a las relaciones de consumo más que con carácter supletorio, teniendo presente la expresa referencia al respecto realizada por sus autores en la presentación del Proyecto; por tanto, de aquí surgiría un doble sistema de previsión respecto a esta modalidad contractual, poniéndose de este modo de resalto que, más allá de las específicas relaciones de consumo, existen otros supuestos que también deben ser alcanzados por una regulación específica, teniendo presente las particulares asimetrías que se presentan en los negocios celebrados mediante condiciones generales de la contratación.

Consideramos conveniente la existencia de la una Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Simplemente realizamos un apunte a este respecto, atento que el tema excede largamente el objetivo de la presente investigación; sin embargo, lo estimamos de particular interés y actualidad. Recientemente, hemos tenido acceso a la publicación de una tesis doctoral que versa sobre “La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual”, de autoría del Dr. Benjamín Moisés, que aborda con particular solvencia esta materia, y que propone un anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas<sup>325</sup>, que puede ser consultado con provecho.

---

<sup>325</sup> MOISÁ, Benjamín. 2005. *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, pág. 251. Editorial Zavalía. Buenos Aires. Argentina.

## **VII. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS**

---

En el ámbito del Derecho privado patrimonial resulta de particular relevancia la definición de “principios generales” mediante los cuales se realizará la interpretación de los contratos, a efectos de determinar un marco axiológico, que sirva de límite al “principio de autonomía de la voluntad”, en los casos que, por razones justificadas, resulte necesario.

### **VII. 1. PRINCIPIOS CLÁSICOS**

Cuando nos proponemos hablar de la interpretación de los contratos, en primer término debemos aclarar a qué contrato nos referimos. De este estudio puede inferirse la evolución experimentada por tal instrumento jurídico, a través del tiempo y con la irrupción de la standarización, actualmente vigente.

Como punto de partida, nos resulta señero el siguiente concepto: “Hay contrato cuando dos personas de idéntica situación jurídica e igual fuerza económica exponen en un libre debate sus pretensiones opuestas, haciéndose concesiones recíprocas y terminando por concluir un acuerdo donde ellas han valorado todos sus términos y que están bien seguros de la expresión de su voluntad común” –Gounot, 1912–<sup>326</sup>.

Es interesante, también, mencionar la definición brindada por el Código Civil de Vélez Sarsfield, aún hoy vigente, al decir: “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”<sup>327</sup>.

Resulta fácil colegir que ambos conceptos se corresponden con la concepción de los códigos decimonónicos, de corte netamente liberal e individualista.

En la evolución operada en el ámbito negocial, sobrevinida la masificación de los contratos, ha surgido el llamado “contrato de consumo”, cuyo

---

<sup>326</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. 1984. *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina, pág. 215.

<sup>327</sup> Artículo 1.137 Código Civil Argentino.

aspecto subjetivo está definido como aquellos celebrados entre consumidores y proveedores y, entre éstos, los implementados mediante condiciones generales de la contratación, como una manera más “eficiente” de manejar la masificación de los negocios y su necesidad de implementación.

Ahora bien, éstos constituyen, actualmente, la proporción mayoritaria de los contratos que se celebran día a día; es más, son los que celebra el “ciudadano de a pie”, el común de las personas; es la base del derecho patrimonial privado y, concretamente, la contratación con consumidores constituye el núcleo central del objeto de este estudio.

Adentrándonos en el tema que nos convoca, deviene interesante definir qué se entiende por “Interpretar”. En tal sentido, el Diccionario de la Real Academia sostiene que es: “Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad<sup>328</sup>”. Etimológicamente deriva de desenredar, desentrañar.

Vale decir que interpretar un contrato equivaldría a desentrañar el sentido de las declaraciones en él insertas, buscando explicar cuál ha sido la “voluntad común de las partes”. En tal sentido se expiden los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT, en su artículo 4.1, primera parte, al expresar: “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”<sup>329</sup>.

Se ha manifestado al respecto: “estamos en presencia de la reconstrucción del pensamiento y de la voluntad de las partes, a la vez que dándole sentido a las declaraciones realizadas en pos de una intención eminentemente obligacional”<sup>330</sup>.

Corresponde aclarar que todo contrato puede necesitar interpretación – aunque sea claro– a efectos de establecer nítidamente su sentido. No resulta

---

<sup>328</sup> *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 1.181.

<sup>329</sup> UNIDROIT. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 1997, pág. 130. Edición del Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección General de Asuntos Internacionales de la República de Colombia. Santafé de Bogotá, Colombia.

<sup>330</sup> STIGLITZ, Rubén S. (Director). 1993. *Contratos. Teoría General*, Tomo II, pág. 212. Editorial Depalma. Buenos Aires.

necesaria la existencia de ambigüedades u oscuridad, que promuevan dudas. En estos últimos casos se aplicarán los principios correctores tales como el “*favor debitoris*” o, en los casos de contratos de adhesión, la interpretación “*contra proferentem*”. El primer paso puede ser cumplido por las partes y sólo en caso de disidencias, será necesaria la intervención de un tercero, que puede ser el Juez o un árbitro, a efectos de determinar el verdadero y definitivo alcance de las obligaciones recíprocas.

“Como señala Díez Picazo se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes. La interpretación es así una tarea de indagación de la concreta “intención” de los contratantes (art. 1.281 Código Civil español), pero es también una tarea de atribución de “sentido” a la declaración (artículos 1.284 y 1.285 Código Civil español)”<sup>331</sup>.

Dicha interpretación deberá realizarse considerando al contrato como un todo, y sus cláusulas como integrantes del mismo, dentro del contexto. Así se encuentra establecido en el Código de Comercio Argentino<sup>332</sup> y, en otro orden, en los Principios de UNIDROIT<sup>333</sup>.

#### **VII. 1. a. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Como ya hemos adelantado, el principio de “autonomía de la voluntad” se encuentra expresamente consagrado en el Código Civil argentino, que dice: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”<sup>334</sup>. Dicha norma

---

<sup>331</sup> CAPILLA RONCERO, Francisco, Ángel M. LÓPEZ y LÓPEZ, Joaquín REVUELTA GARCÍA y María Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ. 2001. *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, Pág. 344. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.

<sup>332</sup> Código de Comercio de la República Argentina, artículo 218: “*Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: ... 2.- Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general ...*”.

<sup>333</sup> Principios de UNIDROIT, artículo 4.4. “*Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren*”.

<sup>334</sup> Código Civil Argentino, artículo 1.197.

no ha sufrido modificaciones por parte de la Ley 17.711<sup>335</sup>, manteniéndose en plenitud a la autonomía de la voluntad como posibilidad de autorregulación de sus derechos por los particulares, con el respaldo legal, que le da fuerza obligacional. Es una clara aplicación del principio “*pacta sunt servanda*”.

Esta visión resulta plenamente de aplicación para aquellos contratos definidos en el mismo cuerpo legal<sup>336</sup>, es decir para los celebrados entre pares, también llamados “paritarios” o “negociados”, puesto que llevan en su génesis una etapa de discusión y negociación respecto de su contenido.

Evidentemente, en estos casos ambas partes poseen un poder equivalente, lo que les permite negociar en paridad de condiciones. Actualmente, este tipo de contratación ha quedado relegada a la contratación entre profesionales, *inter empresaria*. Resulta obvio que a estos sujetos, que poseen experiencia, información y posibilidad de negociar se les exija que se sometan al cumplimiento de la palabra empeñada, el cumplimiento de los pactos habidos. La severidad con que son tratados los profesionales es el precio de la competencia que se supone ellos tienen<sup>337</sup>. Esta restricción corresponde a la necesidad de brindar seguridad jurídica, como un valor indispensable para el logro de la estabilidad económica y social.

Hemos planteado, *supra*, la evolución sufrida por ese tipo de contratación, hacia la standarizada, implementada en el tráfico de consumo, mediante condiciones generales de la contratación, que imponen a las partes una asimetría en el poder de negociación.

El principio de la “autonomía de la voluntad” se encuentra absolutamente limitado y distorsionado en este tipo de contratos, puesto que el proveedor es quién predispone las condiciones para la contratación, resultándole imposible al consumidor discutir las, proponer modificaciones, o realizar

---

<sup>335</sup> Ley 17.711, de Reforma al Código Civil Argentino, de 26 de abril de 1968.

<sup>336</sup> Código Civil Argentino, artículo 1137, que dice: “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”.

<sup>337</sup> LARROUMET, Christian. Ob. Cit., volumen I, pág. 121.

contraofertas. De tal manera el consentimiento se limita a la adhesión o aceptación de lo ya predeterminado.

“Si bien no siempre ha sido inherente al contrato, el principio de la “autonomía de la voluntad” descansa esencialmente en dos postulados: el liberalismo económico y un entorno filosófico individualista y voluntarista. Más exactamente, el principio de la autonomía de la voluntad es el punto de confluencia jurídica de estos dos elementos, económico y filosófico. Este principio supone que los intercambios económicos se realizan por medio de concesiones recíprocas, que son el resultado de las voluntades de los contratantes. La voluntad es soberana para conducir a la celebración el contrato y para determinar sus efectos, es decir, las obligaciones que crea así como sus modalidades. Dicho en otra forma, no podrá haber contrato sin voluntad; el contrato realiza un equilibrio que es lo que han querido que sea los contratantes y, en principio, nada puede atentar contra él”<sup>338</sup>.

El principio de autonomía de la voluntad reconoce en ésta el poder jurígeno de reglar las propias relaciones jurídicas y, a cambio, el ordenamiento le exige que, si tuvo libertad para convenir, luego respete los pactos arribados, voluntaria y libremente. Es el reconocimiento de la aptitud del sujeto para el ejercicio de sus facultades con el objeto de crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, lo que traerá aparejada la consiguiente responsabilidad por sus actos, como contracara del otorgamiento de la libertad.

La autonomía privada forma parte del poder de autodeterminación de la persona y habilita, en este orden, dos ámbitos de libertades: a.- la libertad para contratar cuando y con quien se decida y b.- la libertad para definir el contenido del contrato.

Importa que el contrato sólo surgirá cuando hay voluntad plena de las partes, hay posibilidad de elegir contratar o rechazarlo, cuándo y con quién hacerlo, en la forma que decida –salvo el caso de contratos solemnes– y

---

<sup>338</sup> Ídem, Volumen I, pág. 85.

determinar su contenido como único texto generador de obligaciones. Obviamente, ante un contrato paritario, la legislación sólo debe avalarlo y dar las herramientas para exigir su cumplimiento, estableciendo únicamente normas supletorias, para el caso que las partes omitan acordar sobre determinado tema. En caso de inexistencia o insuficiencia de cualquiera de los elementos de la voluntad, no habrá contrato.

“No obstante ello, este principio que en el primigenio Código de Vélez Sarsfield tenía carácter casi absoluto ha venido a ser interferido por una serie de institutos, como la lesión –art. 954 C.C.–, el abuso del derecho –art. 1.071 C.C.–, la llamada teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente –art. 1.198, 2ª parte C.C.–, la teoría del estado de necesidad, el intervencionismo del Estado a través de la legislación de emergencia, el standard jurídico de la buena fe –art. 1.198, 1ª parte C.C.–, el sistema de protección al consumidor –art. 42 de la Constitución Nacional y ley 24.240– y la teoría de la frustración del fin del contrato, razones por la cual llevaron en su momento a decir a Risolía<sup>339</sup> que estábamos ante una crisis de la fuerza obligatoria del contrato”<sup>340</sup>.

Sin embargo, siempre han existido límites a la soberanía de la voluntad, por una parte; ha habido vínculos de obligación que se derivan de un hecho distinto de un contrato, y se ha admitido que hay reglas imperativas en materia contractual, sin que ello importe inmiscuirse en la autonomía de la voluntad, sino como parte de un orden jurídico contractual establecido como marco de las relaciones negociales.

Ante la proliferación de contratos predispuestos, que se perfeccionan mediante la adhesión a condiciones generales, surge palmaria la necesidad de la intervención del Estado, imponiendo medidas protectorias para la parte débil, en defensa del bienestar de los miembros del cuerpo social y la satisfacción de sus necesidades, principalmente las de orden económico, te-

---

<sup>339</sup> RISOLÍA, Marco Aurelio. 1946. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. Argentina.

<sup>340</sup> BAROCELLI, Sergio Sebastián. 2004. La frustración del fin del contrato. *Doctrina Judicial*. Tomo 2004-2, pág. 861. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.

niendo presente la asimetría en el poder de negociación habido en este tipo de contratos. Recordemos, en tal sentido, la fórmula célebre “entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte, la libertad es la que oprime y la ley es la que libera”. Por consiguiente, corresponde a la ley imperativa prohibir al más fuerte que imponga su voluntad sobre el más débil, el cual no está en condiciones de defender sus intereses en la negociación del contrato, debido a su posición socioeconómica<sup>341</sup>.

Surge, así, el “orden público económico de protección de la parte débil”, a que ya hemos referido, que pretende restablecer el equilibrio contractual, afectado por la disparidad de fuerzas, y el de coordinación, que defiende el “*mínimum inderogable*”, en aras de los derechos esenciales de la persona que ostenta tal situación de vulnerabilidad.

Todo ello teniendo presente que, realmente, en el contrato por adhesión a condiciones generales no existe negociación, que su contenido ha sido predeterminado por una sola de las partes y la otra sólo tuvo la “opción” de aceptarlo o no, considerando muy especialmente la existencia de contratos obligatorios –por imposición de la ley. Piénsese en una prórroga de locación determinada con carácter imperativo –u obligatorio –en el caso de monopolios de hecho o de derecho, relativos a servicios esenciales como la energía eléctrica–. En estos casos existe, de hecho, una mayor afectación al principio de la autonomía de la voluntad de parte del adherente, lo que debe ser compensado con una tutela más atenta de sus derechos.

Implica, entonces, que los contratos de consumo, celebrados entre partes que se hallan en posiciones absolutamente asimétricas, merece la intervención del Estado, mediante el orden público económico de protección. Esta participación responde a la necesidad de auxiliar a este sujeto cuya autonomía de la voluntad se ha visto absolutamente limitada –en cualquier caso de adhesión a condiciones generales de la contratación– o hasta vulnerada –en el supuesto de los contratos obligatorios o impuestos–.

---

<sup>341</sup> LARROUMET, Christian. Ob. Cit., Vol. I, pág. 90.

Lejos de la posibilidad de acceder al contrato negociado, entre pares, este “vulnerable jurídico” merece la tutela del sistema legal y jurisprudencial con el fin de restablecer el sinalagma roto por el deficiente acceso al ejercicio de su autonomía privada. En tal sentido, resultan paradigmáticas las conclusiones de las XVI Jornadas nacionales de Derecho Civil, que expresan que “en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestos, o de consumo, la autonomía privada está sometida (además de las reglas generales) al mantenimiento del equilibrio

#### **VII. 1. b. BUENA FE**

La “buena fe” ha sido expresamente introducida como informadora de todo el Derecho privado, por la Ley 17.711, y aflora referida a la conducta negocial en el Código Civil argentino, cuando regla: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”<sup>342</sup>. De este texto deriva que dicho principio ha sido establecido, entre otros aspectos, concretamente respecto de la interpretación de los contratos.

En inicio, importa para las partes comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud; y para el intérprete –sean las mismas partes o un tercero–, del mismo modo.

Por su trascendencia, constituye una directiva de reciprocidad, es decir que podrá ser exigida igualmente a todas las partes intervinientes en el “proceso contractual”, tanto en su génesis como en el desarrollo, la extinción del negocio, y aún posteriormente a esta última.

Importa un componente ético social, que refleja claramente la filosofía actual del Derecho Privado, que trasciende el individualismo, estimando a los intereses de la otra parte como dignos de respeto y consideración.

---

<sup>342</sup> Código Civil Argentino, artículo 1.198.

Obviamente, constituye la base de la confianza y la seguridad negocial, sustentos del sistema de derecho privado.

Resulta oportuno recordar que este tema puede considerarse desde dos aspectos:

a.- La buena fe Subjetiva, también llamada creencia, que consiste en la conciencia del sujeto de obrar conforme a derecho; en ella existe voluntad de obrar honestamente, y convicción de no dañar un interés ajeno tutelado jurídicamente. Generalmente es requerida para la obtención de derechos, como por ejemplo, en la prescripción adquisitiva. Se relaciona con la protección de la confianza que suscita una apariencia creada.

“La creencia del sujeto puede recaer, pues, tanto sobre su posición personal –que su declaración corresponde a su voluntad– como sobre la posición de la otra parte –que la declaración de la otra parte corresponde a la voluntad de ésta–”<sup>343</sup>.

b.- La buena fe Objetiva, denominada asimismo como probidad, que importa la lealtad y la honestidad en el comportamiento de las partes; en el ajustarse a lo convenido en el contrato; incluye tanto el fiel cumplimiento de lo pactado como los deberes accesorios de conducta, a que nos referiremos más adelante. Importa exigir al individuo una conducta veraz, leal, coherente, sin engaños o argucias que puedan producir daño; así como todas las conductas diligentes y de cooperación al buen desarrollo de la relación contractual.

Se encuentra íntimamente relacionada con lo dispuesto en el Código Civil argentino, cuando expresa que la ejecución debe ser hecha: “*de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”<sup>344</sup>; es decir mediante la confianza; y también con la “Doctrina de los Propios Actos”, que abordaremos someramente luego.

---

<sup>343</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. 1996. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II, 3ª edición, pág. 81. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú.

<sup>344</sup> Código Civil Argentino, artículo 1198, 1º párrafo.

Su aplicación se extiende más allá de la vigencia propia del contrato, alcanzando a los tratos preliminares y aún al período posterior a la extinción del contrato.

Como ya señaláramos, de este aspecto de la buena fe derivan:

1.- Deberes principales, que son los que surgen del contrato en sí. Responden a la pregunta “¿Qué se debe?”; por ejemplo, en una compraventa –tomada en su aspecto más elemental y sencillo– existe obligación de entrega de la cosa, para el vendedor, y pago del precio, para el comprador.

2.- Deberes accesorios de conducta, que importan actitudes de diligencia, cooperación, información, seguridad, garantía. Refieren a “¿Cómo se debe cumplir?”, por ejemplo, y remitiéndonos al contrato referido en el párrafo anterior, en el caso de venderse cosas peligrosas, corresponde al vendedor la obligación de brindar información veraz acerca de los riesgos, así como del modo de empleo de aquellas. El caso comentado se relaciona con el deber accesorio de seguridad, exigido expresamente en la ley 24.240<sup>345</sup>, así como en el Código Civil Argentino<sup>346</sup>.

Estos deberes resultan aplicables con mayor rigor en los contratos a plazo o de tracto sucesivo, en que la cooperación debida a la otra parte importará considerar su interés y actuar de modo de no perjudicarla. De hecho, establecen un límite al abuso del derecho, que pretenda ser ejercido por la otra parte. Se fundan en deberes de convivencia y de solidaridad social. Exceden a las prestaciones comprometidas expresamente en el texto contractual y devienen del principio en comentario.

Párrafo aparte merece el deber de reserva, por sus efectos más allá del término de vigencia del negocio jurídico. Efectivamente, éste se extiende a un plazo prudencial, si no ha sido expresamente convenido, y consiste en la

---

<sup>345</sup> Ley 24.240, artículo 5: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

<sup>346</sup> Código Civil argentino, artículo 1.414 –refiriéndose a las obligaciones del vendedor–: “Debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando fuese vencido en juicio, por una acción de reivindicación u otra acción real. Debe también responder de los vicios redhibitorios de la cosa vendida”.

prohibición para quien ha accedido a información secreta, que pudiera ser de fórmulas, procesos o procedimientos, en mérito a la confianza, y que posteriormente preste servicios a un competidor. Se halla emparentado con la lealtad, que subsiste, en estos casos, aún concluida la relación.

Se estima que, aún no estando expresamente convenidas, forman parte de las obligaciones derivadas del negocio jurídico, y en tal sentido su incumplimiento deviene en responsabilidad de tipo contractual. Así se lo considera, al opinar: “Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información y los deberes de protección<sup>347</sup>”.

Englobando todos estos supuestos, las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial<sup>348</sup> entendieron que “el obrar de buena fe comprende los deberes de diligencia, previsión, cooperación, reserva, custodia y lealtad”.

La buena fe constituye un concepto que excede ampliamente el marco jurídico, tiene un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este principio, lógicamente, genera la tan ansiada confianza, que constituye el “mejor clima” para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos. Implica un componente ético social. Obviamente, constituye la base de la confianza y la seguridad negocial, sustentos del sistema de Derecho Privado.

“Larenz considera que el principio de la confianza es un componente ético social, fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad, basado

---

<sup>347</sup> DÍEZ PICAZO y PONCE de LEÓN, Luis. 1999. *Derecho de Daños*. Pág. 265. Editorial Civitas. Madrid. España.

<sup>348</sup> V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial, realizadas en Junín, Provincia de Buenos Aires, en el año 1992.

en la idea de que la convivencia humana en paz o prosperidad no sería posible sin el respeto, al menos general, de una confianza recíproca”<sup>349</sup>.

Es por ello que los valores adjudicados al “prototipo” son aquellos correspondientes al actuar del hombre medio y tiene su génesis y proyecciones en la Comunidad toda.

La buena fe reviste el carácter de “principio general del derecho” y, como tal, resulta “fuente”, al inspirar la legislación y “herramienta” para la interpretación de conductas y la integración de los contratos, en cada caso concreto.

El Código Civil argentino se remite a ellos, luego de imponer, que *“los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”*<sup>350</sup>; brindándoles las pautas para llenar tal cometido, imponiendo: *“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”*<sup>351</sup>. Igual criterio adopta el Código Civil peruano<sup>352</sup>.

De esta manera se coloca a los principios generales del Derecho, entre los que ubicamos a la buena fe, en un sitial de preferencia, como criterios informadores del Derecho privado e integradores de las lagunas legislativas o contractuales y rectores de la conducta de todos sus actores.

El concepto de buena fe hace referencia a patrones de conducta pertenecientes a la “moral media” de la sociedad en que se actúa. Por ello, su inclusión en la legislación deviene una referencia a los valores éticos vigentes en un lugar y tiempo determinados, que guiarán la conducta de las partes y darán parámetros a los jueces a efectos de interpretarlas y, eventualmente, sancionarlas.

---

<sup>349</sup> RIVERA, Julio Cesar. 1997. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 69.

<sup>350</sup> Código Civil argentino, artículo 15.

<sup>351</sup> Código Civil argentino, artículo 16.

<sup>352</sup> Código Civil peruano, artículo VIII del Título Preliminar: *“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”*.

Obviamente, la obligación de su observancia resulta recíproca para todas las partes intervinientes en un contrato y tal conducta, con las prestaciones accesorias que genera, puede ser exigida como parte de las obligaciones de tipo contractual.

En la actualidad, el concepto de buena fe no significa, simplemente, una actitud pasiva, no actuar de mala fe, importa una conducta activa, de cooperación con la otra parte, a los efectos que el contrato tenga para ambas el mejor resultado posible, los mayores beneficios y, consecuentemente, los menores “costos prestacionales”, que no siempre resultan económicos, sino que también puede ser psicológicos o emocionales. Esto establece un standard de conducta social, basado en la solidaridad.

Se ha expresado al respecto que “ya es clásico distinguir entre la buena fe a secas como un mero concepto técnico-jurídico, que sirve para describir o delimitar un elemento de un supuesto de hecho en una multiplicidad de normas (por ejemplo, artículos 69, 451 y 1.705.2, del Código Civil – español–), y el principio general de la buena fe, el cual engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o rango de principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones”<sup>353</sup>.

Ahora bien, todos poseemos una idea, aunque sea rudimentaria o intuitiva, del concepto de buena fe; sin embargo resulta conveniente intentar delimitar una noción clara de ella.

Se ha sostenido que: “Buena fe implica comportarse como lo hace la gente honesta, con lealtad y rectitud. En el ámbito de las relaciones jurídicas nacidas de negocios jurídicos, rige el concepto de buena fe lealtad u objetiva, que impone el deber de actuar con lealtad y rectitud, tanto en las tratativas anteriores al negocio, cuanto en su celebración, interpretación y ejecu-

---

<sup>353</sup> AVILÉS GARCÍA, Javier. 1998. “Cláusulas Abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 648, Pág. 1.552.

ción”<sup>354</sup>. También se ha dicho que “la buena fe, en sentido objetivo, es la conducta arreglada a los postulados de la lealtad en el tráfico”<sup>355</sup>.

Sabemos que tiene un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto en el mismo contrato, así como de protección a la confianza que cada parte deposita en el accionar correcto de la otra, como la base que permite mantener un sistema de contratación privada, que constituye un pilar fundamental de la economía. “Se ha señalado que es buena fe contractual la consideración que se deben las partes en un negocio”<sup>356</sup>.

Se menciona que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha fallado en numerosos casos haciendo referencia a los deberes accesorios generados por la buena fe. “En términos generales –decía la sentencia 29/1/1965– que no pueden restringir el vasto campo de sus posibles manifestaciones y más en su estimación negativa que positiva, ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, cuando la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no puede conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”<sup>357</sup>.

Reiteramos que, en nuestra opinión, la buena fe constituye un principio general y en tal carácter informa y resulta aplicable a todo el ordenamiento de Derecho privado y las relaciones jurídicas que del mismo derivan y actúan permitiendo la adaptación de la norma al devenir permanente de la realidad; asimismo, permite la socialización del Derecho, incorporando mediante el dinamismo que permite la utilización de remisión a principios generales, incorporar los cambios que van ocurriendo en el campo de que se

---

<sup>354</sup> RIVERA, Julio César. 1997. Obra citada. Tomo II, Pág. 573.

<sup>355</sup> CAPILLA RONCERO, Francisco, et. al. Ob. Cit., pág. 300.

<sup>356</sup> Cámara Nacional Comercial (CNCCom), en pleno, 2/8/82, ED, 100-286, voto de los doctores E. Alberti, F. Bosch y J.C. Bengolea.

<sup>357</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. 2000. “Consideraciones a la buena fe contractual”. Actualidad Civil N° 1. Doctrina. Pág. 9. Madrid. España.

trata; así como contemplar las circunstancias particulares de modo, tiempo y lugar, en que deben encuadrarse las valoraciones que al respecto se realicen.

Este encuadramiento está referido cuando se expresa que, “así, los principios generales vienen a ser como la “bocanada de aire” que requiere el sistema para poder conservar su validez y vigencia; hacen posible la flexibilización de este último. Hay una relación de interdependencia entre las normas y los principios generales: éstos intervienen en la creación de aquéllas (las normas son un reflejo de lo que es y lo que debe ser una sociedad, y para ello debe recogerla), y luego, se debe acudir a ellos a fin de interpretarlas. Esta relación entre el principio general y el caso concreto no debe considerarse simplistamente como la subordinación lógica de lo particular a lo general. Es como un circuito de retroalimentación inductivo-deductivo”<sup>358</sup>.

Se ha opinado que “el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales”<sup>359</sup>.

Coincidimos con el criterio que sostiene que la buena fe es “aquel conjunto de deberes que la lealtad y la ética, de acuerdo con los cánones sociales, imponen a toda persona en su actuación en el mundo de las relaciones jurídicas”<sup>360</sup>. Como tal, estimamos que debiera constituir el presupuesto ordinario de la conducta de cualquier sujeto jurídico.

“Borga enseña que la buena fe “aflora por sí misma en el hecho ético –lato sensu: moral-jurídico– y no es más que el acto o la acción integrada con elementos internos y externos, cuya comprensión supone un recorrido que va desde las vivencias psicológicas del agente –elementos hiléticos de la conciencia: vivencias, sensaciones, etc., según Husserl–, pasando por la va-

---

<sup>358</sup> JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. 2002. “La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno”. En: *Contratación Privada. Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código Europeo de contratos*. Soto Coaguila, Carlos y Roxana Jiménez Vargas Machuca (Coordinadores), Pág. 75. Jurista Editores. Lima. Perú.

<sup>359</sup> BORDA, Guillermo A. 1996. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Pág. 131. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.

<sup>360</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel. 1992. *Derecho Civil. Parte General*. Pág. 349, citado por Avilés García, Javier. Obra citada, Pág. 1.556, nota N° 57.

loración concreta, hasta la proyección de esta última a través de principios, hacia aquellos ideales puros que son, por así decirlo, verdaderos paradigmas del obrar humano, en su sentido puramente ideal. La buena fe es, pues, una faceta de la conducta querida por el mundo de valores que compone el orden normativo. Es un standard en el sentido que expresa Spota, siguiendo a Pound: “la medida media de la conducta social correcta”, distinta, a nuestro juicio, en cada sociedad”<sup>361</sup>.

Refiriéndonos al tema del logro de los fines económicos y sociales del contrato, podríamos afirmar que responde a la necesidad de lograr la mayor satisfacción para ambas partes, que se logrará poniendo en acción los criterios establecidos por la buena fe objetiva, teniendo como límite el interés propio.

Si bien la buena fe constituye un estándar derivado de una “moral social”, como anticipáramos, su apreciación debe darse en cada caso concreto, puesto que es allí donde podrá proyectarse la conducta de cada una de las partes, aquilatando si alguna de ellas ha intentado abusar de su derecho, contrariando las normas de la equidad, alterando el equilibrio de las prestaciones recíprocas, exigiendo en exceso. En cada caso habrá que merituar las condiciones de personas, tiempo y lugar, a efectos de determinar si las acciones han resultado ajustadas al Principio en comentario, o lo han contravenido.

Se ha sostenido que la verosimilitud, la diligencia debida y la previsibilidad, son subdirectivas de la buena fe. Califica a la Buena fe de “directiva o standard jurídico” que decide en todo lo relativo a la interpretación contractual y, desde luego, en lo que se refiere a la celebración y cumplimiento de los contratos<sup>362</sup>.

“Por su parte Cossio en “El dolo en el Derecho Civil, Madrid, 1955”, mantiene que “la buena fe... ha llegado a significar una fuente de normas

---

<sup>361</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Obra citada, Pág. 143.

<sup>362</sup> SPOTA, Alberto. 1979. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Tomo II, Pág. 98. Editorial Depalma. Buenos Aires.

objetivas que ha de actuarse mediante la aplicación de principios generales, es decir una norma general que se diversifica en cada caso concreto, actuando un criterio jurídico, que en los negocios bilaterales hay que encontrar en la idea de reciprocidad”<sup>363</sup>.

También se ha sostenido que: “buena fe en el precepto de que se trata equivale a moralidad social, a equidad, a sujeción del contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada”. Hay, sin duda viejas resonancias del Derecho romano, cuando consideraba la buena fe como la conducta modélica del *bonus vir*”<sup>364</sup>.

Refiriéndose al rol de la buena fe, se ha dicho<sup>365</sup>: “Entre sus funciones, la buena fe, cumple un papel integrador con fuerza jurídica, ampliando el conjunto de obligaciones propias de todo negocio jurídico en particular. De esta forma, la buena fe amplía el marco de las pretensiones más allá de lo estrictamente estipulado por las partes”.

También los Principios de UNIDROIT establecen a la buena fe como un principio general del Derecho Privado, en su artículo 1.7, indicando que “*las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial*”, y refiere que “*no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber*”.

Sin embargo, también existen los detractores de la Buena Fe, como Bullard González, “quienes la consideran “un principio abstracto e impreciso”<sup>366</sup>, que genera niveles de incertidumbre e ineficiencias<sup>367</sup> por lo que bajo este punto de vista, podría ubicarse en el cielo de los conceptos jurídicos” de Ihering<sup>368</sup>”.

---

<sup>363</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit., pág. 13, nota 29.

<sup>364</sup> Ídem, pág. 13.

<sup>365</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Ob. Cit. T. 1. pág. 128.

<sup>366</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. 2000. “La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo”. En *Contratación Contemporánea; Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado*, dirigida por Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Lima-Bogotá, Palestra Editores y Editorial Temis S.A., pág. 322, citado por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, obra citada, Pág. 79.

<sup>367</sup> Ídem, Pág. 323, citado por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, obra citada, Pág. 79.

<sup>368</sup> IHERING, Rudolph von. 1987. “Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas”. En *el cielo de los conceptos jurídicos*. Edito-

La buena fe, como elemento ético indispensable en el ámbito del Derecho Privado Patrimonial ha sido contemplada en la mayoría de las legislaciones del Mundo, tanto en el orden civil cuanto comercial y, lógicamente, en el de consumo.

En tal sentido se encuentra referida en el artículo 1.198 del Código Civil argentino, cuando regla: *“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”*.

El proyecto de nuevo Código Civil, de la República Argentina<sup>369</sup>, establece: *“Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo”*<sup>370</sup>.

Por su parte, el Código Civil peruano, en su artículo 1.362, norma: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*. Esta disposición se encuentra íntimamente relacionada con la contenida en el artículo 168, incluido en el libro referido al acto jurídico, que reza: *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”*. Es decir que, empleando una visión sistémica, podemos concluir que también resulta aplicable el criterio a la interpretación de los contratos, que había sido omitido en la primera regla comentada.

El Código Civil venezolano<sup>371</sup>, dispone: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos,*

---

rial Civitas. Madrid. España. 1987, citado por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, obra citada, Pág. 79.

<sup>369</sup> En el año 1999 se ha presentado a la Cámara de Diputados el Proyecto de Nuevo Código Civil de la República Argentina, unificado con el de Comercio, que se encuentra en estado de trámite parlamentario. Los firmantes del mismo, integrantes de la Comisión designada por Decreto 685/95, son los prestigiosos Juristas Héctor Alegría; Atilio Aníbal Alterini; Jorge Horacio Alterini; María Josefa Méndez Costa; Julio César Rivera y Horacio Roitman.

<sup>370</sup> Proyecto de Nuevo Código Civil de la República Argentina, artículo 920.

<sup>371</sup> Publicado en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982. Ver texto completo en [www.biblioteca.jus.gov.ar/códigos-engeneral.html](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/códigos-engeneral.html)

sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”<sup>372</sup>.

El Código Civil brasileño<sup>373</sup>, en su artículo 113<sup>374</sup> expresa: “Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración”; y en el artículo 422 prevé: “Los contratantes están obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”<sup>375</sup>.

También el Código del Consumidor brasileño refiere a ello, en que señala la Política Nacional de las Relaciones de Consumo, y expresa que deben atender a los siguientes principios: “... inciso III, armonización de los intereses de los participantes en las relaciones de consumo y compatibilización de la protección del consumidor con la necesidad de desarrollo económico y tecnológico, de modo de viabilizar los principios en los cuales se funda el orden económico<sup>376</sup>, siempre con base en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores...”<sup>377</sup>.

La buena fe, por su trascendencia, constituye una directiva de reciprocidad, es decir que podrá ser exigida igualmente a todas las partes intervinientes en el “proceso contractual”, génesis, desarrollo, extinción del negocio, y aún posteriormente a esta última.

La jurisprudencia argentina ha fallado al respecto: “Conforme con los principios generales que regulan los contratos, es deber de las partes actuar de buena fe en la etapa previa a la formación del mismo, así como durante su celebración y ejecución. Esta regla incluye, por ministerio de la ley, un cúmulo de prestaciones accesorias en la obligación contractual y, en sentido

---

<sup>372</sup> Código Civil venezolano, artículo 1.160.

<sup>373</sup> El Código Civil brasileño, sancionado por Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002, se encuentra vigente desde el 11 de enero de 2003, convirtiéndose, así, en el Código Civil más joven de Latinoamérica. Ver texto completo en [www.alterini.org](http://www.alterini.org) Códigos on line.

<sup>374</sup> La traducción es propia. El texto original es: Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

<sup>375</sup> La traducción es propia. El texto original es: Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>376</sup> Constitución Federal de Brasil, artículo 170.

<sup>377</sup> Código de Defensa del Consumidor Brasileño, artículo 4.

inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo desleal o incorrecto”<sup>378</sup>. Lo señalado en último término destaca el carácter recíproco de su aplicación, poniendo límites a cualquier intento de abuso del Derecho.

Otra de las aristas que presenta es la de preservar el sinalagma contractual, a través de la exigencia conductual a las partes. Es así que “el justo equilibrio de las contraprestaciones implica la existencia de buena fe, y la buena fe difícilmente existirá si no hay un equilibrio contractual justo”<sup>379</sup>.

Resulta necesario especificar cuáles son las funciones que cumple la buena fe y, en tal sentido, podemos traer a colación la opinión que expone: “el principio de la buena fe cumple las siguientes funciones: a) es causa de exclusión de culpabilidad de ciertas conductas que objetivamente podrían considerarse ilícitas; b) es un elemento fundamental en la interpretación y ejecución de los contratos; y c) es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos”<sup>380</sup>.

En otro orden, se ha opinado que: “la doctrina más autorizada ha clasificado en tres grupos distintos los sentidos que de la misma buena fe pueden extraerse de los textos legales positivos: primero, como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho; segundo, como confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente –apariencia jurídica–; y, en último lugar, como rectitud y honradez en el trato a la que deben atenerse las partes en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”<sup>381</sup>.

Se destacan las cualidades del principio en estudio, al decir que “la buena fe tiene, un doble rol en punto a integración: actúa como “interpreta-

---

<sup>378</sup> Cámara Nacional Comercial (CNCCom), sala B, abril, 28-998. Finvercon S.A. c/ Pierro, Claudia A. Doctrina Judicial. 1998, Tomo 2, Pág. 1220.

<sup>379</sup> DÍAZ ALABART, Silvia. 1998. “Comentario al artículo 10”. En Bercovitz, R. y Salas, S. (Coordinadores). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores*. Editorial Civitas. Madrid. España.

<sup>380</sup> RIVERA, Julio César. Obra citada. Tomo I, Pág. 291.

<sup>381</sup> AVILÉS GARCÍA, Javier. Obra citada, Pág. 1552.

ción integradora”, en cuanto colma lagunas de la voluntad de los contratantes sobre la base de inferencias de lo que presumiblemente hubiera sido esa voluntad si hubiese sido declarada y, además, introduce efectos contractuales no previstos por las partes”<sup>382</sup>.

“El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación y de veto a una conducta deshonestas (verbigracia, no engañar, no defraudar, etcétera), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (verbigracia, deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etcétera) (Diez Picazo). El comportamiento de buena fe impone al sujeto ciertas conductas positivas por lo cual es insuficiente que no haya actuado con mala fe (Mosset Iturraspe)”<sup>383</sup>.

Resulta interesante el enfoque que considera a la buena fe “... como un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil”<sup>384</sup>.

Más allá que las partes hayan establecido expresamente la manera en que deben ejecutarse las prestaciones debidas, y aunque no exista una norma legal específica al respecto, el principio de buena fe debe regir toda la actividad de las partes y, del mismo modo, la del juez que actúe como eventual intérprete del contrato.

---

<sup>382</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2001. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII, Pág. 99. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.

<sup>383</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. 1998. *Contratos...* Obra citada, Pág. 34.

<sup>384</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. 1993. *El contrato en General*. Vol. XI, tomo II, Pág. 34. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. Perú., citado por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, obra citada, Pág. 80.

“En la interpretación de los contratos, la buena fe debe entenderse en su doble aspecto: la buena fe creencia y la buena fe lealtad; la verosimilitud en cuanto a resultar creíble o verdadero para el hombre común y el deber de cuidado y previsión propio de los hombre prudentes”<sup>385</sup>.

Ahora bien, hay quienes realizan una tajante división entre el aspecto subjetivo y el objetivo de la buena fe; “sin embargo, en realidad un concepto no se contrapone al otro, ya que los principios generales requieren de un instrumento para su aplicación. En el caso de la buena fe, su instrumento de aplicación será la manifestación ya sea del estándar objetivo, como de la creencia interna y personal (según el caso del sujeto). Como veremos, todos confluyen en una valoración ética del Derecho. Se trata, en rigor, de un principio, el que si bien tiene una base empírica, al mismo tiempo es un ideal de conducta, regla, exigencia y precepto. No es un mero límite; su normatividad es positiva, activa e integradora”<sup>386</sup>.

Opinamos que la buena fe constituye un principio unívoco, sin embargo, al menos a los fines expositivos resulta útil desmembrarlo, a efectos de una más acabada caracterización de sus diferentes aspectos.

“En el sistema rige con mucha intensidad la regla de buena fe; se distinguen la buena fe subjetiva (buena fe-creencia) y la buena fe objetiva (buena fe-probidad o buena fe-confianza). La buena fe subjetiva (creencia) consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a Derecho y es antecedente para la adquisición de un derecho, por lo común un derecho real; por ejemplo, cuando alguien adquiere una cosa, se lo considera de buena fe si tiene la convicción de que el enajenante es su dueño. La buena fe objetiva implica una regla de conducta de probidad, que genera en los demás la confianza en que será acatada. Y –aunque con la vaguedad propia de los sustantivos que designan a los standard jurídicos– es comprendida como

---

<sup>385</sup> CCiv. y Com. Morón, Sala II, 1988/09/07. La Ley, 1990-B, pág. 357.

<sup>386</sup> JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, obra citada, Pág. 82, citando a Hernández Gil, Antonio. *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (capítulo: La concepción ética y unitaria de buena fe). Obras Completas, Tomo I, Madrid. Editorial Espasa Calpe S.A., 1987, Pág. 568.

la que se atiene al criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entre las partes (Videla Escalada), o al comportamiento leal y honesto de la gente de bien (Alsina Atienza)<sup>387</sup>.

Es así que podemos referirnos a dos tipos de ella, a saber.

I.- La buena fe “subjetiva”, también llamada creencia, que consiste en la íntima convicción del sujeto de obrar conforme a derecho, en ella existe voluntad de obrar honestamente, creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado jurídicamente. Es un estado psicológico y resulta un presupuesto para la atribución de derechos.

Se indica como características de la buena fe subjetiva, las siguientes: “a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a derecho, o sea que tiene un contenido ético; b) esta conciencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido de que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición; c) la apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio; d) en este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa; e) la creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona; f) la creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido de que hay una absoluta correspondencia entre el creer y su actuar; g) el Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia”<sup>388</sup>.

Generalmente, es requerida como condicionante excluyente para la obtención de derechos. Se relaciona con la protección de la confianza que suscita una apariencia creada. Es así que “la creencia del sujeto puede recaer, pues, tanto sobre su posición personal (que su declaración corresponde a su voluntad) como sobre la posición de la otra parte (que la declaración de la otra parte corresponde a la voluntad de ésta)”<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. 1998. *Contratos...* obra citada, Pág. 33.

<sup>388</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. 1991. *Ob. Cit.*, t. II, Pág. 30.

<sup>389</sup> Ídem, pág. 81.

Se realiza una interesante diferencia, al exponer que "... la buena fe es también creencia, como en la moral; mas aquella creencia distínguese de ésta en la norma que preside; mientras la buena fe en la moral se funda en la obediencia al precepto que nos manda ser buenos y puros, en el derecho se funda en la convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas, de no haber realizado una injusticia"<sup>390</sup>.

II.- La buena fe "objetiva", denominada asimismo como probidad, que importa la lealtad y la honestidad en el comportamiento de las partes; en el ajustarse a lo convenido en el contrato; incluye tanto el fiel cumplimiento de lo pactado como los deberes accesorios de conducta, a que nos referiremos más adelante, y deviene parámetro que regla el ejercicio de derechos y obligaciones.

Importa exigir al individuo una conducta veraz, leal, coherente, sin engaños o argucias que puedan producir daño; así como todas las conductas diligentes y de cooperación al buen desarrollo de la relación contractual. Constituye, por tanto, la faz activa del principio, en cuanto incluye obligaciones accesorias, no especificadas en el contrato que, sin embargo, conforme una fuerte corriente doctrinaria, dará derecho a su exigencia como obligación de tipo contractual. Su aplicación se extiende más allá de la vigencia propia del contrato, a los tratos preliminares y aún al período posterior a la extinción del contrato.

Se encuentra íntimamente relacionada con lo dispuesto en el ya citado artículo 1.198 del Código Civil argentino, cuando expresa que la ejecución debe ser hecha: "*de acuerdo a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*"; es decir con la confianza, con la seguridad jurídica; y también con la "Doctrina de los propios actos", que abordaremos luego.

Como ya señaláramos, de este aspecto de la buena fe derivan:

---

<sup>390</sup> DE los MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial S.A., 1965, Pág. 32, citado por Jiménez Vargas Machuca, Roxana, obra citada, Pág. 89.

1.- Deberes principales, que son los que provienen del contrato en sí. Responden a la pregunta “¿Qué se debe?”; por ejemplo, en una compraventa –tomada en su aspecto más elemental y sencillo– existe obligación de entrega de la cosa, para el vendedor, y pago del precio, para el comprador.

2.- Deberes accesorios de conducta, que importan actitudes de diligencia, cooperación, información, seguridad, garantía. Refieren a “¿Cómo se debe cumplir?”, por ejemplo, y remitiéndonos al contrato referido en el párrafo anterior, en el caso de venderse cosas peligrosas, corresponde al vendedor la obligación de brindar información veraz acerca de los riesgos, así como del modo de empleo de aquellas. El caso comentado se relaciona con el deber accesorio de seguridad, exigido expresamente en el artículo 5 de la ley argentina de Defensa del Consumidor, número 24.240<sup>391</sup>. También podrían citarse como ejemplos a los vicios redhibitorios y la evicción, previstos en los artículos 1.414 del Código Civil argentino<sup>392</sup> y 1.485 del Código Civil peruano<sup>393</sup>.

Estos deberes resultan aplicables con mayor rigor en los contratos a plazo o de tracto sucesivo, en que la cooperación debida a la otra parte importará considerar su interés y actuar de modo de no perjudicarla, intentando que obtenga el resultado esperado. De hecho, establecen un límite al abuso

---

<sup>391</sup> Ley 24.240, artículo 5: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”. También puede referirse su artículo 4: “Información: Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. En el mismo sentido, el artículo 8: “Efectos de la Publicidad: Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”.

<sup>392</sup> Código Civil argentino, artículo 1.414 (refiriéndose a las obligaciones del vendedor): “Debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando fuese vencido en juicio, por una acción de reivindicación u otra acción real. Debe también responder de los vicios redhibitorios de la cosa vendida”.

<sup>393</sup> Artículo 1.485 Código Civil peruano (refiriéndose a las obligaciones de saneamiento): “En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor”.

del derecho, que pretenda ser ejercido por la otra parte. Se fundan en deberes de convivencia y de solidaridad social.

Pueden adjudicársele, también, fundamentos de tipo económico, si se sostiene que “los deberes secundarios de conducta se explican en la distinción existente entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan, que les son accesorias o instrumentales y que se fundan – esto es lo esencial– en la ejecución de la expectativa de crédito”.<sup>394</sup>

Obviamente, exceden a las prestaciones comprometidas expresamente en el texto contractual y proceden del principio en comentario. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que, aunque no estén expresamente convenidos, de su inobservancia deriva incumplimiento del contrato, y como tal puede ser reclamado. Aplicación de lo antedicho resulta lo establecido para el caso de las obligaciones alternativas, en el sentido que, si la elección está a cargo del vendedor, no pueda elegir la cosa de menor valor; y si está en manos del comprador, la más onerosa.

Englobando todos estos supuestos, las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial<sup>395</sup> entendieron que “el obrar de buena fe comprende los deberes de diligencia, previsión, cooperación, reserva, custodia y lealtad”.

“Como verdadera regla de oro, el artículo 1.198 del Código Civil Argentino establece que los contratos deben ser interpretados “de buena fe”. Esto es, la denominada buena fe-probidad, que consiste en el comportamiento leal y honesto de la gente de bien; y significa que, aún cuando alguna de las partes haya actuado torcidamente, de mala fe, igualmente se debe entender al contrato como si hubiera sido obrado con buena fe (Videla Escalada)”<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> STIGLITZ, Rubén S., Gabriel A. STIGLITZ y Rosana M. STIGLITZ. 1994. *Contratos. Teoría General*. Rubén S. Stiglitz (Director). T. I, Pág. 466. Editorial Depalma. Buenos Aires.

<sup>395</sup> Se llevaron a cabo en la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, en el año 1992.

<sup>396</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA. 1995. *Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales*, Pág. 666. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Ahora bien, “es imposible determinar *a priori* un eventual elenco de deberes concretos que formen parte del comportamiento acorde a la buena fe, puesto que esto iría además en detrimento de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente, como se ha dicho, con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los derechos o del cumplimiento de las obligaciones en su singularidad, según la concreta expectativa que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo. Esa indeterminación previa es todavía mayor si tenemos en cuenta que son los cánones sociales (conciencia social), los que establecen cuándo un comportamiento es leal y ético y cuándo no, por lo que la flexibilidad de tales criterios sólo será posible ante la contemplación de un específico conflicto de intereses visto en su singularidad<sup>397</sup>”.

El contrato constituye una ley privada entre los contratantes y la interpretación del mismo se encamina a determinar el sentido y significado de las declaraciones de voluntad, volcadas en una declaración de voluntad común, a efectos de asignarle determinados efectos jurídicos. Los actos anteriores también deben ser tenidos en cuenta a la hora de la interpretación, atento que han contribuido a construir la convicción y a generar el clima de confianza que desembocará en la celebración del contrato.

El principio de buena fe extiende sus efectos en todo el *íter negocial*, estableciendo deberes derivados, convertidos en reglas secundarias de conducta, que también integran el contenido obligacional.

Es decir que cuando hablamos de actuación de buena fe, “esa norma contiene tres subdirectivas: verosimilitud, diligencia debida y previsibilidad (Spota); ya en el Digesto (50, 17,114) se lee esta opinión de Paulo: “En lo que es oscuro, suele admitirse lo que sea más verosímil o lo que suele hacerse más generalmente”.<sup>398</sup>

---

<sup>397</sup> AVILÉS GARCÍA, Javier. Ob. Cit., Pág. 1.559.

<sup>398</sup> ALTERINI, Atilio Anfbal. *Contratos...* Ob. Cit., Pág. 412.

La adecuación del cumplimiento del contrato al propósito común, conforme a las expectativas justificadas de la otra parte emana de la idea consustancial al tráfico negocial de que el contratante se obliga en la medida en que genera confianza en la otra parte, es decir que su conducta debe ser coherente y nunca contrariar sus actos anteriores, que despertaron confianza en su accionar futuro.

Conforme lo dispuesto por el artículo 1.198 del Código Civil Argentino, existen prestaciones accesorias, nacidas de la generación de confianza entre las partes, siempre iluminado por el principio superior de buena fe. Esto implica que lo convenido entre las partes incluye la estipulación implícita de que cada una estará obligada a aquellas conductas que verosímilmente la otra parte entendió o pudo entender a su cargo, obrando con cuidado y previsión. Esto responde a que se ha generado confianza en la otra parte, de donde derivan obligaciones concretas a las que se les asigna el carácter de contractuales.

Estos deberes accesorios, derivados de la Buena Fe tendrán aplicación a través de toda la relación negocial, tanto en las negociaciones previas, con especial énfasis en la obligación de informar, cuanto en el deber de cooperación durante la etapa de ejecución. Esto implica la necesidad de imponer a la otra parte, con veracidad y lealtad, de las características y calidad de la cosa o servicio objeto del contrato, sin inducir a error tanto por acción cuanto por omisión de la información que resulte imprescindible para que pueda formarse una idea cabal al respecto y de ella derive su consentimiento; y, posteriormente, comportarse conforme a las expectativas de conducta que uno mismo pudo haber generado en el otro contratante.

Referidos a la etapa de ejecución, se ha sostenido que “la cooperación debida a la contraparte, especialmente en contratos de duración, consiste en tener en cuenta su interés y ajustar la conducta de manera de evitar en lo posible el menoscabo de aquella. Aplicación de lo expuesto precedentemente lo son los deberes de lealtad debidos en etapa de ejecución, en punto a la preservación de la relación de equivalencia inicial. En ese sentido, reglas

secundarias de conducta como la consideración, la cooperación y la fidelidad aportan un rol correctivo de todo derecho ejercido abusivamente, que aún con apoyo en preceptos de autonomía, importen, al cabo, una injusticia contractual cuando infrinjan los presupuestos de la base del negocio o a lo implícitamente acordado, conforme a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”<sup>399</sup>. Es decir que, como contrapartida, para el deudor constituye una obligación accesorias, de no hacer, la abstención de cualquier acción que pueda traer consigo la frustración del fin del contrato, objetivo último de todo acto negocial.

“Para los Principios de UNIDROIT “*las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas*” (art. 5.1), y “*las obligaciones implícitas dimanar de: a) la naturaleza y la finalidad del contrato; b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; c) la buena fe y la lealtad negocial; d) el sentido común*”. El Contract Code considera que hay una previsión contractual implícita “*cuando a la luz de las circunstancias que le rodean, incluso los principios generales y cualquier proceso de relación entre las partes, tal previsión deba tenerse por querida por las partes* (artículo 104)”<sup>400</sup>.

Resulta interesante realizar una pequeña referencia a la buena fe y los consecuentes deberes que de ella derivan, respecto de los contratos concluidos a través de adhesión a condiciones generales de la contratación que, a la sazón, constituyen prácticamente la totalidad de los que celebra el consumidor y que resultan nuestro objeto de estudio.

Este tipo de contratación pone de manifiesto diferencias con aquella surgida del contrato negociado o paritario. Conforme se expresa: “El derecho de las condiciones generales se diferencia, principalmente, del Derecho Contractual, en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de su validez: en el primer caso, lo constituyen la buena fe y el justo equili-

---

<sup>399</sup> STIGLITZ, Rubén S., Gabriel A. STIGLITZ y Rosana M. STIGLITZ. Obra citada. T. I, Pág. 476.

<sup>400</sup> ALTERINI, Atilio, Aníbal. *Contratos...* Obra citada, Pág. 63.

brio de las prestaciones (derogado art. 10.1c LCU y actual art. 10 bis LCU – Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios Española–), y en el segundo caso, la moral y el orden público (Art. 1255, Código Civil –español–)”<sup>401</sup>.

Como ya se ha dicho, ante la masificación de la producción y el enorme crecimiento del mercado y sus consecuentes relaciones, devino necesario proceder a la “standarización” de los contratos, viéndose constreñidos los productores a predeterminedar un contenido para una serie indeterminada de negocios. “Nace así la llamada (con discutible anglicismo) “estandarización” del contrato, detrás de la cual no sólo está la necesidad de racionalización y eficiencia económica que queda apuntada, sino también la imposición de posiciones de hegemonía en el mercado de grandes operadores económicos (con bastante frecuencia, monopolísticos u oligopolísticos), contratantes fuertes, sobre pequeños y medianos empresarios y consumidores, contratantes débiles”<sup>402</sup>.

En este tipo de contratos resulta exigible con mayor rigor la conducta de buena fe por parte del productor de bienes o prestador de servicios, atento la disparidad de fuerzas en la negociación habida entre las partes intervinientes.

“Como consecuencia de lo anterior, el intérprete debe acudir fundamentalmente a la buena fe con referencia a los usos del tráfico, tomando como criterio comparativo el comportamiento de un cliente común respecto de ese empresario concreto”.<sup>403</sup> En estos contratos con frecuencia se contraría el principio de buena fe, haciendo un uso indebido de la posición dominante que otorga el mayor poder de negociación a una de las partes, actitud que se ve plasmada nítidamente en la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de consumo. De allí deriva claramente la importancia de su regu-

---

<sup>401</sup> ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús. 1991. Ob. Cit., Págs. 81 y 94.

<sup>402</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel. 1998. “El Contrato”. En: *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Valpuesta Fernández, María Rosario (Coordinadora), Pág. 339. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.

<sup>403</sup> FARINA, Juan M. 1997. Ob. Cit., Pág. 159.

lación jurídica adecuada, a efectos de proteger a la parte débil de esta contratación, velando con ello, por el mantenimiento del sinalagma contractual.

Así lo ha entendido la Jurisprudencia argentina, al expresar: “En los contratos por adhesión el adherente se encuentra en la imposibilidad de discutir e intentar modificar las cláusulas predispuestas porque sólo puede aceptarlas o no en su integridad. Por ello, el juez debe sustituir al adherente y soslayar con su autoridad jurisdiccional aquella imposibilidad cuando la actitud del predisponente importe un ejercicio abusivo de su poder de decisión, valorando a tal fin la naturaleza, las circunstancias del contrato, la buena fe, el uso y la práctica observados en el comercio en casos análogos, para mantener así el equilibrio de las prestaciones y el principio del “*pacta sunt servanda*” frente a las limitaciones del “*Bargainin Power*” de la parte débil”<sup>404</sup>.

Como ya mencionáramos, los contratos de adhesión, que celebran principalmente los consumidores, poseen una fuerte implicancia en lo referido a la buena fe, puesto que es dable exigir con más rigorismo esa conducta al predisponente, dada su superioridad a los fines de establecer las cláusulas contractuales; máxime cuando éste determina contratos en masa, a través de condiciones generales predeterminadas.

Generalmente, ese desequilibrio en el poder de negociación se traduce en la inclusión, por parte del empresario, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales. Una vez más destacamos el hecho de la predisposición de estos contratos, que pone en manos de una de las partes el poder de establecer la totalidad del contenido del instrumento base del negocio que, a la vez, le permite incorporar cláusulas que resulten vejatorias para la otra parte.

---

<sup>404</sup> Cámara Nacional Comercial (CNCCom), sala B, marzo 26-993. “Sucarrat, Gustavo A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S. A.”, La Ley 1994-E, p. 437. Jurisprudencia Argentina, 1994-I, pág. 439. Argentina.

En virtud de esta particular posibilidad, se hace de estricta justicia la aplicación del principio de interpretación en su contra de aquellas cláusulas que resulten oscuras o ambiguas.

Este principio de la interpretación “*contra proferentem*”, es decir en contra del predisponente de los contratos también encuentra su fundamentación en la buena fe, puesto que quien abusa de esa posición dominante, al predisponer condiciones que perjudican a la otra parte, en cláusulas oscuras, ambiguas o abusivas, evidentemente no se comporta leal y honestamente; por ello debe ser sancionado.

Sin embargo, este principio de interpretación “*contra proferentem*” no puede ser absoluto, de ninguna manera. El principio de buena fe implica, asimismo, la necesidad de la diligencia esperable por parte del deudor – consumidor. “Empero, el juez deberá tener en cuenta, en alguna medida, la violación por parte del adherente de su deber genérico de proceder con cuidado y diligencia, su propia torpeza...”<sup>405</sup>

La regla “*favor debitoris*” se encuentra consagrada hace ya tiempo en la legislación civil en la Argentina, de allí fue tomada para su consagración en la Ley 24.240, de Protección del Consumidor,<sup>406</sup> convertida en “*favor debilis*” y la consecuente interpretación favorable al consumidor – “*pro consumatore*” –, establecida<sup>407</sup>, como contracara de la interpretación “*contra proferentem*”, ya referida.

Todas estas particularidades a tener en cuenta para determinar la validez o invalidez de contratos por adhesión a condiciones generales, para su interpretación y ejecución deben ser tomadas en el contexto de la defensa de los principios del orden público económico de coordinación, que actúa co-

---

<sup>405</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2001. Ob. Cit., Tomo VIII, pág. 128.

<sup>406</sup> Artículo 37, segundo párrafo de la Ley 24.240: “...La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa...”.

<sup>407</sup> Artículo 3 de la Ley 24.240: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas (refiriéndose a las relaciones de consumo), en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

mo moderador del principio de autonomía privada, equilibrando la distinta dimensión de fuerzas intervinientes en este tipo de contrataciones.

Siguiendo este criterio y poniendo el énfasis en ello, la Ley 24.240, ya citada, expresa: “*En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario*”<sup>408</sup>.

“El deber de corrección, en la etapa del incumplimiento, impone el deber de evitar el aumento de los daños para el deudor; de limitar, en la medida de lo posible, los daños cuya reparación deberá soportar el incumpliente. El principio de cooperación o de solidaridad no desaparece ni siquiera frente al comportamiento antijurídico”.<sup>409</sup>

Resulta que “ocurre que la buena fe contractual se vincula directamente con el “deber de cooperación” debido en interés ajeno que se caracteriza como un criterio de conducta que se asienta sobre la fidelidad al vínculo contractual y sobre el empeño en poner todas las fuerzas propias al servicio del interés de ella en la medida requerida por el tipo de relación obligatoria de que se trata; empeño en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación”<sup>410</sup>.

Este deber de cooperación tiene un límite natural y lógico, que consiste en preservar el propio interés, la propia utilidad. “Este compromiso de solidaridad, que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes generales hacia otro, encuentra su límite en el propio interés del sujeto”<sup>411</sup>.

---

<sup>408</sup> Ley 24.240, artículo 3, último párrafo.

<sup>409</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2001. Ob. Cit., Tomo VIII, pág. 133.

<sup>410</sup> Cámara Nacional Comercial (CNCCom), Sala B. 3/7/84. El Derecho. Tomo 111, Pág. 480.

<sup>411</sup> MAYO, Jorge Alberto. “La buena fe en la ejecución de los contratos”. Doctrina Judicial, Tomo 2002-3, pág. 1.062. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.

Al respecto nos ilustran al expresar: “En esta línea, se ha dicho que no es lo mismo la buena fe de un simple ciudadano que la de un comerciante. Este se comporta con otro conocimiento, en sus relaciones con el público consumidor, con otros comerciantes o ante el Estado en sus diversas manifestaciones”<sup>412</sup>.

“Una conducta de mala fe en un contrato civil resulta dañosa, pero dentro de los límites de sus efectos; socialmente se proyecta en calidad de un mal ejemplo, pero no es comparable a las consecuencias que puede traer a la comunidad la conducta de mala fe de un comerciante o de un industrial que actuara así reiteradamente –dada su labor masiva– frente a un sinnúmero de terceros de buena fe, los consumidores. El comerciante tiene que saber que si no actúa de buena fe, además de una posible sanción legal, corre el peligro de una sanción más cierta, la exclusión suya del mercado, por obra de las tres partes concurrentes: los empresarios (en este caso sus colegas) los consumidores y el Estado”<sup>413</sup>.

“Puntualizamos, con la doctrina italiana, que la protección al consumidor no es sino una forma por la cual la empresa se encuentra controlada socialmente”<sup>414</sup>.

Por su parte, “Afirma Barassi que la buena fe obliga a los contratantes a tener en cuenta el fin y las razones que en el comercio común determinan la formación de las relaciones obligatorias, y ello al momento de la ejecución del contrato. Y si bien es cierto que el deudor debe cumplir, también lo es que el acreedor no puede pedir más de lo que consienta la equidad, y la equidad, lo vimos antes de ahora, atiende básicamente a las circunstancias del caso, a las particularidades de persona, tiempo y lugar y a las modalidades del negocio. La buena fe aparece como remedio frente a una pretensión

---

<sup>412</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. 1998. “La Buena Fe en la ejecución de los contratos”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 18, pág. 221. Santa Fe. Argentina.

<sup>413</sup> ETCHEVERRY, Raúl A. 1987. “El “standard” de Buena Fe en el Derecho Mercantil”. La Ley T. 1987-E, pág. 897.

<sup>414</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y María J. TAVANO de AREDES. Ob. Cit., Nº 1, pág. 11.

que haya perdido equidad o justeza; es el juego de la denominada, en Derecho Romano, *exceptio dolis generalis*<sup>415</sup>.

También cabe señalar como obligación derivada del standard que analizamos, a la coherencia de conducta actual con los actos anteriores del sujeto, conocida como “Doctrina de los propios actos”.

Es la que consagra que cada una de las partes de una relación jurídica tiene el deber de actuar coherentemente, generando, con ello, en la otra, confianza basada en la previsibilidad de su accionar. Es el resultado de la actuación de un sujeto de una misma relación jurídica preexistente, que ejercita una acción en contradicción a un acto propio anterior, que revestía la calidad de relevante y eficaz jurídicamente. Se encuentra íntimamente ligada al principio de la buena fe y a lo que “verosímilmente” pueda interpretar y esperar como conducta futura, la otra parte.

Responde a la necesidad de no malograr la confianza que recíprocamente se genera en ambos sujetos. Su fundamento está dado en que la conducta anterior ha originado, objetivamente, confianza en su permanencia y coherencia en la ejecución y cumplimiento de lo pactado. Su contradicción será interpretada como un actuar de mala fe, reñido con los principios de lealtad y probidad.

“Queremos ahora precisar que la noción de buena fe, lealtad y probidad, se distingue muy bien de los criterios que prohíben la invocación de la “propia torpeza”, el “venir contra los actos propios”, cuando tales criterios se formulan comprendiendo entre los “torpes” y entre quienes quieren borrar sus propios actos, a los “necesitados”, “ligeros” e “inexpertos”. El tema es considerado con detenimiento en ocasión de estudiar la lesión objetiva-subjetiva; digamos ahora que tales “débiles” o “pequeños” no pueden ser acusados de descuidados o culpables, en la medida en que sus particulares circunstancias les impidan obrar con entera y absoluta conciencia, evaluando la razonabilidad del negocio a celebrar, su equilibrio o desequilibrio”<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2001. Ob. Cit., Tomo VIII, pág. 133.

<sup>416</sup> Ídem, pág. 135.

Estamos en condiciones de afirmar que la adopción de principios generales, como el de la buena fe, como parámetros de conducta a observar por todos los sujetos de relaciones jurídicas significa determinar bases sólidas, de carácter ético, que penetran todo el espectro del Derecho Privado, excediéndolo.

En tal sentido, cabe recordar las palabras de Portalis, en su famoso discurso preliminar al Código Civil Francés, afirmando que un código no puede tener “la peligrosa ambición de querer regularlo todo y preverlo todo... La función de un código es la de fijar las máximas generales del Derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cualquier materia... Es al magistrado y al jurisconsulto, imbuidos del espíritu general de las leyes, a los que corresponde dirigir su aplicación”<sup>417</sup>.

Por tanto, del contexto del espectro jurídico, tanto legislativo como doctrinario y jurisprudencial analizado surge con claridad meridiana que la buena fe resulta imprescindible para la tarea de interpretación e integración de los contratos, más allá de resultar el modelo de conducta a observar. Constituye un complemento para la justicia contractual y marca con la impronta moral a la legislación, afirmando los valores de la honestidad, la lealtad, la probidad y la solidaridad, tan importantes para definir un modelo de sociedad buscada, a través de las disposiciones legales.

Consideramos que, estando la buena fe prevista como principio general en la mayoría de las legislaciones civiles, comerciales y de consumo de Latinoamérica, y teniendo presente los antecedentes existentes y lo expuesto en el presente ensayo, sería perfectamente factible promover normas precisas en las relaciones negociales entre individuos o empresas de dichos países, en pos del logro de la seguridad jurídica, de carácter regional, como valor básico de integración, de convivencia pacífica y armónica y como uno

---

<sup>417</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. 2001. “Codificación y Recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del Código Civil Peruano”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. III Época. Año 2001. N° 1. Editorial Reus. Madrid. España.

de los pilares de la verdadera integración económica y jurídica, que debemos perseguir como salida para el progreso común.

En tal sentido, resulta clara la posibilidad y conveniencia de la existencia de acuerdos acerca de los principios generales en materia de contratos y Defensa del Consumidor, que puedan operar en el ámbito geográfico mencionado, tomando en cuenta sus particularidades, sin desconocer las normativas internacionales de alcance mundial.

La globalización de la economía y nuestra problemática particular hacen necesarias las soluciones a problemas regionales, que atañen a la propia realidad y a las que solo poniendo nuestras fuerzas y Derechos a su servicio, podremos lograr; en pos del mejoramiento de la calidad de vida de nuestros pueblos, reconociendo y respetando profundamente la identidad cultural de cada uno y las coincidencias éticas que tienen como sustrato.

La buena fe constituye un modelo de conducta ética-jurídica deseable y posible, siendo dable destacar que, más allá de los comentarios agoreros, existen empresarios que actúa conforme a ella; por tanto, no puede el porcentaje trasgresor ensombrecer la posibilidad de su instalación como realidad cotidiana. Breguemos para que este valor ético se instale definitivamente en la conducta negocial, laboral, política y personal de nuestras comunidades y en la interna e internacional de nuestros países, con la plena confianza que en un futuro cercano será realidad vivir en un clima de confianza y seguridad jurídica, antecedentes imprescindibles de la Paz.

En el marco de los contratos de consumo se presenta con harta frecuencia la existencia de cláusulas de tipo abusivas, incorporadas por el proveedor prevaleciéndose de su situación de preeminencia respecto de la otra parte, alterándose la equivalencia de las prestaciones. “Precisamente una de las cuestiones que plantean estas modernas formas de contratación es el de las limitaciones que se les debe imponer para resguardar la buena fe negocial”<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A. y Oscar Eduardo ROMERA. Ob. Cit.

Destaquemos que quien lo transgrede, en este caso, es el proveedor, al establecer condiciones manifiestamente inequitativas en su favor y en perjuicio del consumidor, en un contrato con características tan peculiares como el de adhesión.

“La experiencia de la contratación por adhesión revela la permanente incorporación de cláusulas abusivas: aquellas que desnaturalizan la relación de equivalencia de los derechos y obligaciones entre empresario y consumidor”<sup>419</sup>.

El poder del proveedor –de predisponer el contenido contractual– es correlativo a su obligación de obrar de buena fe, y una parte esencial de la misma está constituida por el derecho del consumidor a la información veraz acerca de las condiciones esenciales del negocio jurídico realizado y las características relevantes de la cosa o servicio a prestarse.

Significa esto que la buena fe genera deberes accesorios de conducta, basados en los principios de cooperación y solidaridad negocial y que implican que cada parte debe actuar a efectos de satisfacer las expectativas que, previsiblemente pudo haber tenido la otra parte, en función de los actos previos, que no pueden ser contrariados injustificadamente.

Los Dres. Alterini, López Cabana y Stiglitz, autores del proyecto que diera origen a la ley 24.240, expresan que las bases conceptuales tuvieron en cuenta que “se trata de eliminar los excesos”, de alentar la competencia leal y descalificar el juego sucio: “Así como en la competición deportiva las reglas del juego deben ser establecidas y respetadas, en la competición económica deben ser especialmente desterradas la publicidad falsa o que pueda inducir en error, y las técnicas de comercialización que atentan contra el discernimiento, la dignidad, la personalidad del consumidor”. Para ello son necesarias “precauciones legislativas” cuyo propósito no es afectar sino

---

<sup>419</sup> MORELLO, Augusto M., Rubén S. STIGLITZ y Gabriel A. STIGLITZ. 1991. Ob. Cit., pág. 33.

“restaurar la libertad del lado donde es amenazada”, en función de tutela del débil jurídico<sup>420</sup>.

“Bajo la expresión “buena fe” contractual aplica el TS –Tribunal Supremo Español– en sentencias ya numerosas en los últimos años, el art. 1.258 de CC –Código Civil Español–, la allí contenida buena fe, como fuente de integración contractual. Pero bajo la expresión también de la buena fe, el legislador actual pretende, no sólo integrar “lo expresamente pactado” (1.258 CC), sino incluso limitar la voluntad contractual, –su validez y eficacia jurídicas– haciendo abusivas –y, en consecuencia, nulas de pleno Derecho– las cláusulas contrarias a la buena fe (10 bis 1 LGCU –Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios Española–), cuando de contratos con consumidores se trata”<sup>421</sup>.

“Las condiciones negociales generales son un recurso técnico que no puede transgredir el mandato de buena fe y deben ser revisadas cuando por ellas una de las partes se procura una situación de privilegio en caso de litigio. El destinatario de aquéllas debe comprender su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio. El principio de confianza, idea directriz de notable valor interpretativo jurisprudencial, lleva a fijar el contenido de un efecto jurídico negocial según lo que una persona pudo o debió aprehender de acuerdo a las circunstancias, pues quien se adhiere no elige el contenido material de su declaración previamente prefijado por el estipulante”<sup>422</sup>.

“Pues bien, tenemos entonces que la buena fe, representa el último escalón en la jerarquía de las fuentes de integración de la norma reguladora de la relación obligatoria contractual; pero unas leyes recientes, de 1984 y 1998, parece que trastocan la jerarquización de las fuentes reguladoras de la relación contractual cuando ésta se da entre “profesionales” (empresarios) y consumidores: la buena fe y/o la desproporción de las obligaciones y dere-

---

<sup>420</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto. 1996. “La Contratación en la Ley de Defensa del Consumidor”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo 5, pág. 53. Santa Fe. Argentina.

<sup>421</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit., pág. 1.

<sup>422</sup> CNCom., sala B, 1993/04/15, La Ley, 1993-E, pág. 65.

chos de las partes contratantes dentro de la relación contractual comporta la nulidad de las cláusulas abusivas siempre que, en contra de las exigencias de la buena fe impliquen aquella desproporción. Las leyes del 84 y 98 originan, en consecuencia, una “revolución” –jurídica, por supuesto– en los principios tradicionales que regulan la integración de la norma contractual: la buena fe, en estas leyes, se antepone a la autonomía de la voluntad, a la voluntad de las partes formalmente expresada en el contrato, generalmente de adhesión; más aún, se antepone a la ley dispositiva y, por ello, también al uso/costumbre<sup>423</sup>.

“El modelo de conducta que representa la buena fe tiene un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto, de un lado, y, de otro lado, implica protección a la confianza depositada en el comportamiento de cada parte, porque se cree –se tiene fe– en la corrección, en la bondad, de las conductas recíprocas de los contratantes”<sup>424</sup>.

Obviamente que la exigencia de cumplir con los principios de la buena fe-lealtad repudia la posibilidad de inserción de cláusulas abusivas en todos los contratos, pero con mucho más rigor en aquellos celebrados mediante condiciones generales de la contratación y, más aún, los que tienen como uno de sus sujetos a consumidores.

“Las exigencias de la buena fe en la contratación con consumidores se concretan en el hecho jurídico de que las cláusulas de tales contratos deben estar conformes con la conducta modélica que la buena fe represente; si se apartan de ellas las cláusulas contractuales se consideran abusivas y en consecuencia, ineficaces; es decir, se está convirtiendo en imperativa –inderogable por voluntad contractual en perjuicio del consumidor– la norma legal, cuyo contenido normativo material viene dado por la conducta modélica representada por la buena fe”<sup>425</sup>. Es decir que no bastará que el productor o el comerciante manifiesten lo que ellos creyeron decir, al poner en co-

---

<sup>423</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit., pág. 2.

<sup>424</sup> Ídem, pág. 8.

<sup>425</sup> *Ibidem*, pág. 13.

nocimiento del público una publicidad, sino lo que verosímelmente pudo interpretar el consumidor al que va dirigido, obrando con cuidado y previsión normales.

Es dable destacar que la buena fe amplía las obligaciones específicas de cualquier contrato particular, atento que debe ser tenido en cuenta a los efectos de la interpretación de sus cláusulas, así como para su posible integración, en caso de nulidad de alguna de ellas.

“La directiva y principios legales para interpretar los actos jurídicos son de carácter obligatorio, pues son normas que el juez está precisado a respetar. El art. 1.198 –del Código Civil argentino– en su primer párrafo estatuye la regla de la buena fe, la cual se extiende: a) al período precontractual o de las tratativas de las partes; b) al momento de la formación del consentimiento –claridad, concisión, integralidad, coherencia–; c) al tiempo de la ejecución de las prestaciones; d) en caso de resolución del acuerdo. Se trata de la buena fe objetiva –conductas leales de las partes– y manda ajustarse a la apariencia o buena fe subjetiva –lo que la otra parte pudo creer o entender obrando con cuidado y previsión–”<sup>426</sup>.

“Y finalmente, en la búsqueda de la “justicia contractual”, del necesario equilibrio entre las prestaciones en cambio, de la armonización de la utilidad con la equidad, es fundamental el principio de la buena fe objetiva, verdadero faro que alumbraba, con luz potente, el Derecho de los contratos. La buena fe, por su poder jurígeno –y su aptitud para descalificar abusos–, como por los deberes secundarios que ella engendra es el principio, o norma abierta, por su indeterminación esencial, fundamental para conciliar el arte de juzgar con la necesaria discreción. También la buena fe viene, en los últimos años, siendo estudiada por áreas de la contratación, para destacar, en cada una, cuáles son los deberes nacidos de su aplicación”<sup>427</sup>.

Es dable destacar que este principio debe ser estudiado en cada caso, teniendo presentes las circunstancias que caracterizan al negocio concreto,

---

<sup>426</sup> CIFUENTES Santos. Ob. Cit., Tomo II, pág. 63.

<sup>427</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 42.

tanto en lo que refiere a los sujetos, las prestaciones comprometidas, el negocio celebrado, expectativas económicas, contexto social. Con todos esos elementos, deberá interpretarse y resolverse. Es por ello que resulta conveniente, en la consideración de la aplicación del principio de buena fe, la observación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvo lugar la contratación de que se trata; muy especialmente, el uso de condiciones generales de la contratación, para su implementación, así como la calidad de consumidor en uno de los sujetos de la relación negocial, que imponen especiales cuidados, en la aplicación de la normativa tuitiva.

En otro orden de ideas, el hecho de defender al consumidor de los posibles abusos de los productores, no tiene que traer consigo una indiscriminada anulación de contratos, por el contrario, debe bregarse por la seguridad negocial, encarnada en la perdurabilidad del convenio celebrado, en aquella parte que respeta el equilibrio de las prestaciones, anulando solamente las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo, en lo posible, el resto del contrato. Es decir que le corresponde al Estado velar por el mantenimiento o restablecimiento del carácter conmutativo de dichos contratos.

Es decir que la revisabilidad de las cláusulas abusivas debe realizarse sin perjuicio de la validez del contrato; aplicando al máximo la posibilidad de integración del mismo, salvo que el objetivo esencial del mismo quede totalmente desvirtuado. A los efectos de la interpretación de las cláusulas deberán aplicarse los principios “*contra proferentem*”, e “*in dubio pro consumatore*”, establecidos en los textos legales y que marcan una clara tendencia de protección de la parte que ha tenido menos posibilidades en la definición del contenido contractual.

#### **VII. 1. c. DOCTRINA DE LOS “ACTOS PROPIOS”**

La Doctrina de los “actos propios” es aquella en virtud de la cual cada una de las partes de una relación jurídica tiene el deber de actuar coherentemente, generando, con ello, en la otra, confianza basada en la previsibilidad de su accionar.

La jurisprudencia argentina ha explicado al respecto que: “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos observando tal pauta, es la exigencia de un comportamiento coherente. Este imperativo de conducta significa que cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su proceder una confianza fundada en su actuación futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza despertada. Es inadmisibles, en consecuencia, todo comportamiento incompatible con ella”<sup>428</sup>.

También se ha dicho que: “Es un imperativo del sujeto observar un comportamiento coherente, como principio básico, y en todos los órdenes de sus relaciones y no solamente en las jurídicas. Pero acontece que la declaración de inadmisibilidad de una conducta incoherente emplazada en una pretensión requiere ineludiblemente su comparación con otra conducta precedente y propia del mismo sujeto. La inadmisibilidad será el resultado de una tarea de interpretación, relacionando para ello la conducta propia con la que precede al comportamiento ulterior. Y este último será el declarado inadmisibles por incoherente”<sup>429</sup>.

Resulta una norma elemental de lógica, exigir a cada una de las partes de un negocio jurídico un comportamiento de coherencia con sus actos anteriores relevantes; lo contrario sería promover la irresponsabilidad, el fraude y, por encima de ello, la inseguridad jurídica.

“El fundamento estará dado en razón de que la conducta anterior ha generado –según el sentido objetivo que de ella se desprende– confianza en que quien la ha emitido permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse

---

<sup>428</sup> CNCom., Sala A, 1995/06/30. La Ley, 1995-E, pág. 433.

<sup>429</sup> MORELLO, Augusto M. y Rubén S. STIGLITZ. 2004. Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia. Doctrina Judicial. Tomo 2004-2, pág. 1.242, nota 6. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.

protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”<sup>430</sup>.

Esto resulta aplicable a las relaciones negociales, en virtud de la generación de confianza entre las partes y la obligación de no defraudarla; forma parte del cumplimiento de la palabra empeñada y es una muestra más de la lealtad-probidad.

“La doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión. Se trata de un impedimento de “hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar”<sup>431</sup>.

La Cámara Nacional Civil, sala D, ha sostenido que la teoría de los “propios actos, descansa, en esencia, en el principio de la buena fe, lealtad o probidad y parte de la base de que la conducta vinculante o conducta primaria del sujeto implicado es “eficaz”, “válida” (esto es, que no posee deficiencias) y que el “*venire contra factum proprium*”, supone el designio o propósito de contradecir, mediante un acto subsecuente, aquel primer acto normal”<sup>432</sup>.

Podemos sostener que la conducta contraria a los actos precedentes constituye, en sí misma un acto ilícito –en sentido amplio–, puesto que ofende los más acendrados postulados del sistema jurídico económico del país.

Particular mención merece la conducta contraria a los actos propios dentro de la actuación ante la justicia. Cuando una de las partes, que ha sostenido en su defensa un hecho, posteriormente lo desmiente, en un nuevo intento o respecto de otra cuestión, evidentemente, será misión del juez declarar inadmisibles esta última pretensión, contraria a los principios de la buena fe procesal, aplicando, además, las sanciones que correspondan por “litigar con malicia”, intentando burlar a la otra parte y al mismo magistrado.

---

<sup>430</sup> Ídem, pág. 1.242.

<sup>431</sup> PUIG BRUTAU, J., “Estudios de Derecho Comparado. La Doctrina de los Actos Propios”, p. 103. Ariel Barcelona. 1951. Citado por Morello, Augusto M. y Rubén S. Stiglitz. 2004. Ob. Cit., pág. 1242, nota 7.

<sup>432</sup> CNCiv., sala D, 19-XI-1982, “Fritz, N. c. United Trading Company”. JA, 1984-I-478.

Merecen, también, un tratamiento particular, a este respecto, aquellos sujetos que por su debilidad jurídica han podido adoptar conductas que posteriormente descubren que respondieron a un conocimiento o entendimiento deficiente. En tales casos, contrariar aquella conducta no resultaría sancionable dado que la anterior ha sido provocada por la particular vulnerabilidad del sujeto en cuestión.

“Queremos significar que si el principio de buena fe domina, avanza e invade toda la problemática de la doctrina del propio acto, es en ésta donde aquél se nos presenta como cláusula abierta a hipótesis que –tal la conducta contradictoria– requieren aludir a la buena fe, pero en una versión que exhiba sus vías de desarrollo modernas y funcionales como los son sus notas más caracterizantes, las reglas secundarias de conducta, en tanto incompatibilizan a la propia incoherencia con la responsabilidad –art. 1.111, Código Civil–”<sup>433</sup>.

La aplicación de esta doctrina, en el caso concreto, puede generar una decisión jurisdiccional que declare la improcedencia de la pretensión, en tanto resulta abusiva, contradictoria con una conducta del mismo sujeto, precedente y relevante, conforme al principio de la buena fe objetiva.

Esta sanción responde a la necesidad de no malograr la confianza que recíprocamente se genera en ambos sujetos. Su fundamento está dado en que la conducta anterior ha originado, objetivamente, confianza en su permanencia y coherencia en la ejecución y cumplimiento de lo pactado. Su contradicción será interpretada como un actuar de mala fe, reñido con los principios de lealtad y probidad.

#### **VII. 1. d. “ALTERUM NON LAEDERE”**

Este principio resulta un deber genérico, extracontractual, de “no dañar a otro”; un reflejo en el ámbito contractual, que deviene aplicable a todas las relaciones negociales, y está relacionado con la prohibición de incu-

---

<sup>433</sup> MORELLO, Augusto M. y Rubén S. STIGLITZ. 2004. Ob. Cit., pág. 1.243.

rrir en abuso del derecho, imponiendo una conducta de respeto y conservación del interés de la otra parte y la consecuente colaboración activa en el cumplimiento de la prestación a su cargo.

Derivan de él, principalmente, deberes de seguridad y garantía<sup>434</sup>; así como el de abstenerse de toda conducta que pueda traer como consecuencia el menoscabo de los derechos de la otra parte, el aprovechamiento de la parte débil o la frustración del fin del contrato.

#### **VII. 1. e. CONSERVACIÓN DEL CONTRATO**

El principio que establece que tanto la interpretación como la eventual integración de los contratos debe hacerse de tal modo de conservarlos, es decir tendiente a su validez; se deriva de la necesidad tanto económica como jurídica de no frustrar el fin que las partes han tenido en mira al contratar, teniendo presente que la intención de las mismas, lógicamente, debiera ser el logro de las prestaciones mutuamente pretendidas; esto es, el interés particular que los ha llevado a formalizar en cada caso el negocio jurídico.

Así, el Código de Comercio Argentino<sup>435</sup> impone la interpretación a favor de la conservación del contrato.

“En el Código de Comercio se han establecido otras reglas que se aplican a todos los negocios, incluidos los contratos civiles, la mayoría de las cuales son aplicaciones del principio de la buena fe. Los artículos 217 y 218 de ese cuerpo legal se refieren a las palabras de las convenciones que deben entenderse en su sentido de uso general; a la intención común o lo realmente querido por las partes, que prevalece sobre el sentido puramente literal de los términos; a que las cláusulas confusas o equívocas, deben interpretarse atendiendo a otras claras y precisas que figuren en el negocio,

---

<sup>434</sup> Artículos 5, 6, 11 y 12 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor Argentina.

<sup>435</sup> Código de Comercio Argentino, artículo 218: “*Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: ... 3) Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad ...*”

según un contexto general o “interpretación contextual”; ante cláusulas de dos sentidos. Uno que lleva a la invalidación y otro a la validez, deben prevalecer las que dan valor y vigencia al contrato y, si las dos le dan validez, a las que se ajusten con más claridad a su naturaleza – “principio de conservación del contrato” –; los hechos de los contratantes subsiguientes a la celebración, importa una explicación que debe atenderse para comprender la intención de las partes, pero también son atendibles, sin prevalecer sobre los posteriores, los hechos o conductas anteriores que se han desarrollado durante la preparación y tratativas del contrato; finalmente, el “*favor debitoris*”, pues ante la duda debe prevalecer el sentido de liberación, regla que sin embargo tiene carácter secundario y supeditada a la buena fe.”<sup>436</sup>.

## **VII. 2. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Como ya hemos resaltado, los contratos de consumo poseen particularidades que general principios específicos para su interpretación, tales como:

### **VII. 2. a. INTERPRETACIÓN TÍPICA**

“Un texto se puede interpretar tomando en cuenta lo que quisieron las partes, atendiendo a su psicología o bien a lo objetivo, a lo técnico. En el primer caso se pretende obtener lo que quisieron las partes, en el segundo, el significado social; en el primero se toma en cuenta el comportamiento individual, y en el segundo la situación típica”<sup>437</sup>.

Teniendo presente que los contratos de consumo son redactados para una multiplicidad de relaciones negociales, sin tener en cuenta el sujeto determinado que finalmente lo suscribe, la interpretación deberá ser objetiva, tomando como base a un hombre modelo integrante del grupo de consumidores al que va dirigida esa oferta.

---

<sup>436</sup> CIFUENTES Santos. Ob. Cit., Tomo II, pág. 64.

<sup>437</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 221.

No se consideran las particulares características del adherente; se excluye “la consideración de las circunstancias que eran conocidas o podían ser conocidas solamente por el cliente en cuestión. Antes bien, hay que indagar cómo pudo y debió necesariamente entender las condiciones un miembro medio del círculo de que se trate”<sup>438</sup>.

Este criterio se menciona en la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías –1980–, así como en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT, en su artículo 4.1, segundo párrafo<sup>439</sup>.

Aplicando este criterio, no se interpreta más conforme las circunstancias del caso concreto, sino en virtud del “tipo” al que pertenece tanto el contrato cuanto los sujetos intervinientes –en el caso sub estudio, serán contratos de consumo, con todas sus particularidades, y consumidores–.

## **VII. 2. b. “IN DUBIO, PRO CONSUMATORE”**

En este ítem podemos traer a colación lo expresado por el Papa Pablo VI, en la Encíclica *Populorum Progressio*, cuando sostuvo que: “La enseñanza de León XIII en el *Rerum Novarum* conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del Derecho natural”.

Parece sumamente gráfica esa posición, para recalcar tanto las “desigualdades” cuanto la necesidad de protección de los individuos débiles, contemplados como “grupo social-económico”, es decir, sin tener en cuenta cada caso, sino extendiéndola para todos aquellos individuos que integren ese colectivo.

---

<sup>438</sup> LARENZ, Karl. 1978. *Tratado de Derecho Civil alemán. Parte General*, pág. 468. Editorial Edersa. Madrid. España. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 221, nota 42.

<sup>439</sup> Artículo 4.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT: “... Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias”.

“El principio a favor del consumidor toma en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado, no una falla coyuntural de éste, en la que un deudor es débil por circunstancias del caso. El elemento activante de la protección surge de una posición permanente, no del sujeto sino del rol socialmente definido”<sup>440</sup>.

Particularmente, para interpretar las obligaciones de los consumidores y usuarios debe aplicarse el principio “*favor debilis*” –favor al débil–, orientador insoslayable para todas las relaciones regidas por la legislación específica, teniendo presente el carácter de orden público que ostenta dicha normativa y la disparidad de fuerzas habida en la contratación.

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley 24.240, en su último párrafo, establece: “*En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”.

Este criterio de interpretación encuentra su fundamentación en la disparidad de fuerzas entre las partes contratantes –que ya refiriéramos– y la intervención del Estado, a través de la legislación protectoria, para mantener el equilibrio de las prestaciones.

“En los derechos primitivos la obligación se confundió con el estado de obligado, es decir, con la idea de sometimiento del deudor: el crédito era principalmente un señorío sobre determinados actos de la conducta del obligado de un modo similar al derecho real; el acreedor estaba facultado para ejercitar la fuerza sobre el deudor y aún su familia, obligándolos a trabajar para él. La suavización de estos rigorismos supuso un cambio epistemológico: progresivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo los principios análogos a los del Derecho Real, para ser persona<sup>441</sup>”.

A partir de allí, y con el devenir de los cambios y el tiempo, han ido surgiendo diversos principios protectorios. Se ha comenzado por el “*favor libertatis*”, que protegía la libertad, en caso de duda acerca de la imputabili-

---

<sup>440</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 16.

<sup>441</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 13. Menciona que “es conocido este cambio en el Derecho Romano a partir de la ley *Poetelia Papiria*, del año 326 a. C., y el criterio de *benignitas* propio de la ética cristiana posterior”.

dad de un reo; el “*favor debitoris*”, que intentaba proteger al deudor, atento que en ese momento es posición contractual era considerada de debilidad; posteriormente, ante la distorsión de la interpretación señalada en último término, por la aparición de “deudores fuertes” y “acreedores débiles”, ante cuya situación resultaba inconducente su aplicación. Esto se dio principalmente ante la revolución industrial y la consecuente aparición de patrones-deudores y trabajadores-acreedores, que hicieron nacer el principio “*in dubio, pro operario*”, tan fuertemente instalado en la legislación laboral. En último lugar, ante la masificación de la producción y consecuente contratación, nace la instalación de las condiciones generales de contratación y su forma de implementación, cual es la adhesión, lo que determina un sujeto fuerte predisponente-proveedor; y ante él, un “débil jurídico”, el adherente-consumidor; de allí el principio que en este punto mencionamos “*in dubio, pro consumatore*”.

Obviamente que el Código Civil argentino se enmarca, aún en el principio tuitivo del “*favor debitoris*”, a quien en su época de sanción se consideraba el sujeto más vulnerable de las relaciones negociales.

Actualmente, la Ley 24.240, enrolada en los criterios de protección consumerista, establece criterios claros de interpretación a favor del consumidor –reconociendo en éste al “débil”, digno de protección–. Esta es la filosofía que inspira a la mayoría de las legislaciones de derecho privado, en el mundo entero. Cabe poner de resalto que esta protección no se otorga teniendo en cuenta el sujeto de la relación particular, sino la debilidad estructural del grupo de individuos en la misma situación.

Ahora bien, no resulta pacífica la doctrina en aceptar la conveniencia del otorgamiento de protección a estos actores del mercado. Los autores enrolados en el Análisis Económico del Derecho realizan una acerba crítica a la intervención del Estado, con fines proteccionistas, promovida por el Derecho de Consumo. Sostienen que ella, al actuar sobre la autonomía privada y sus consecuentes declaraciones, genera mayores costos que los devenidos del libre juego de la oferta y la demanda, es decir del mercado y, por

tanto, resulta ineficiente. Sin embargo, el estudio de estas aristas de la protección constituye un apasionante tema que excede las pretensiones de este trabajo, aunque no hemos querido dejar de señalar que existen críticas al proteccionismo derivado de la situación del consumidor.

El Estado brinda su protección mediante el establecimiento del llamado “orden público económico”, mediante el cual interviene en las relaciones contractuales, con el fin de equilibrar las desigualdades producidas por las “fallas del mercado”.

Siguiendo a Lorenzetti, presentaremos una “sistematización del orden público, distinguiendo cuatro funciones:

1) Garantía del consentimiento pleno: orientado a corregir obstáculos a la manifestación de voluntad: error, dolo, violencia, deberes de información, interpretación contra el estipulante, regulación de la publicidad.

2) Garantía de protección de la parte débil: encaminado a obtener una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento.

3) Orden público de coordinación: busca la adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico, mediante standards como la socialidad del contrato, buena fe, etc.

Orden público de dirección al que le interesan las externalidades contractuales, desde la perspectiva de la organización jurídico – económica del Estado”<sup>442</sup>.

Siguiendo en la consideración de las previsiones de la Ley 24.240, mencionamos su artículo 37, que impone: “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa*”. De allí deriva, también que, cuando hubiere dudas sobre los alcances de la obligación del consumidor, debe estarse a favor de su liberación.

---

<sup>442</sup> Ídem, pág. 25.

Idéntico tenor posee lo previsto en el artículo 47 del Código Brasileño, cuando dice: “*Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor*”. También la contiene la Ley Paraguaya, en su artículo 27, al decir: “*Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor*”.

La última ratio de este principio está constituida por la necesidad de la existencia de una finalidad tuitiva, desde la legislación, con el objeto de intentar reestablecer el equilibrio general del sinalagma, superando las diferencias de poder habidas en su génesis, y materializadas en cláusulas abusivas o desequilibrantes de los derechos y deberes de las partes.

Esta orientación ha sido receptada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al resolver que: “resulta de buena hermenéutica la apreciación tuitiva a favor de la parte más débil del contrato, esto es, aquella que no participó en la confección de las condiciones negociales generales que conforman el mismo”<sup>443</sup>.

A pesar que hemos hecho mención al criterio de la interpretación típica, que toma en cuenta un sujeto promedio del grupo, así como que la protección se otorga en virtud de la “categoría de sujetos”, el intérprete no podrá perder de vista la existencia de personas particularmente débiles, que la actual doctrina denomina *subconsumidores*<sup>444</sup>.

Es el caso de sujetos totalmente inexpertos, como los niños, los ancianos, los analfabetos, o aquellos cuya contratación tenga por objeto artículos de primera necesidad o que lo hagan con una contraparte en una situación de especial poder, como cuando el negocio se celebra con un productor que ejerce monopolio del producto del que se trata, o por parte de una persona particularmente necesitada.

---

<sup>443</sup> Suprema Corte de Buenos Aires, 13/9/94, “Constantino, Héctor A. y otros c. Altuve, Alberto R. y otros”, J.A., 1995\_II-666.

<sup>444</sup> CABANILLAS MUGICA, Santiago, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, p. 173. Citado por Lorenzetti, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 223, nota 46.

Según opinión de Alfaro Águila Real, el último supuesto constituiría el único caso en el que existiría verdaderamente una “adhesión excluyente del consentimiento”, en virtud que los adherentes no tendrían ninguna “opción” válida para contratar, en el mercado.

Para estos casos, resulta necesario que el intérprete aplique el criterio protectorio con más rigor, teniendo presente la particular situación de indefensión y fragilidad de los sujetos. En este orden, debe tomarse con más energía el criterio de “*in dubio pro consumatore*” y su correlativo “*contra proferentem*”, tomando en cuenta que la inexperiencia, la ignorancia o la necesidad, constituyen circunstancias que les impide ejercer en plenitud la autonomía de su voluntad, que hasta podrían hacer presumir “la lesión” a sus legítimos intereses.

#### **VII. 2. c. “CONTRA PROFERENTEM” O “CONTRA STIPULATOREM”**

Este principio deriva claramente de la particular situación de superioridad que tiene el productor en los contratos de consumo, que ya mencionáramos, que consiste en la posibilidad de predeterminar el contenido contractual.

Constituye la contrapartida del principio tratado en el punto anterior, puesto que la facultad de revisión del contenido del contrato, fundado en la interpretación de las cláusulas dudosas u oscuras a favor del débil, tiene su punto de partida en la predeterminación de las mismas por el empresario, y es él quien debe cargar con las consecuencias de su obrar contrario a la buena fe.

Se trata de una aplicación del principio que impone la obligación de hablar claro. Significa que aquel que tuvo la posición dominante que le otorga la facultad de establecer las cláusulas negociales tiene el deber de ser claro y de no incurrir en abusos. Si contraviene estos últimos mandatos, deberá hacerse cargo de las consecuencias, que importan que la interpretación sea hecha en su contra.

El principio que establece la obligación de hablar claro se encuentra expresamente previsto en el artículo 10 de la ley 24.240, que dice: “... *La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente*”.

“La regla de la interpretación “*contra stipulatorem*” surge en el Derecho Romano, ya que existía la *estipulatio* como forma adhesiva. En el Digesto se encuentra en principio al referirse al caso de duda: *verba contra stipulatorem interpretanda sunt* (Digesto, Libro 45, Tít. 1, ley 38, párr. 19). En Las Partidas encontramos normas similares, que establecen que se debe interpretar la duda contra aquel que “*dixo la palabra*” y en “*pro de la otra parte*” (Partida VII, Tít. XXXIII, Ley 2). Desde ese estadio llegamos a la codificación decimonónica en la que el tema era ya conocido”<sup>445</sup>.

Observamos en este principio por una parte, la aplicación de la lógica, puesto que quien debió “hablar claro” y no lo hizo, debe responsabilizarse por ello, por su negligencia; y en otro sentido, cierto afán sancionatorio de la inclusión de cláusulas ambiguas, oscuras, que pudieran llevar a equívocos o hacer subrepticamente más gravosa la prestación de la otra parte.

Este principio se encuentra expresamente previsto en el artículo 10 de la ley 24.240, ya referido; en el Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio, de la República Argentina, de 1998, en sus artículos 905<sup>446</sup> y 906<sup>447</sup> y en los artículos 4.6<sup>448</sup>, de los Principios de UNIDROIT, y 5103 del Proyecto de Código Europeo de los Contratos, del Profesor Olé Lando.

---

<sup>445</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*, Ob. Cit., pág. 13.

<sup>446</sup> Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, argentino, artículo 905: “*Redacción de los contratos y cláusulas predispuestas. Los contratos predispuestos, y en su caso las cláusulas predispuestas, cuando son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible*”.

<sup>447</sup> Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, argentino, artículo 906: “*Asequibilidad de las condiciones generales. Las condiciones generales deben ser asequibles al no predisponente*”.

<sup>448</sup> Principios de UNIDROIT, artículo 4.6: “*Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte*”.

Resulta obvio que este principio se entronca perfectamente en el de buena fe, de donde surge la obligación de actuar leal y honestamente.

#### **VII. 2. d. FUNCIONALIDAD**

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con la verdadera utilidad para el consumidor, del bien o servicio que se haya contratado.

La doctrina ha señalado que la obligación del vendedor es asegurar que la cosa sea apta para su destino<sup>449</sup>. Este criterio debe aplicarse aún con mayor rigor en los contratos de consumo, teniendo presente su particular finalidad. Ello implica la existencia de prestaciones adicionales que resultan imprescindibles y, generalmente están impuestas por la ley y no tienen carácter opcional, a fin de obtener la funcionalidad del bien o servicio prometido.

Este principio se ve reflejado en disposiciones dispersas en la ley de Defensa del Consumidor Argentina. En su artículo 11<sup>450</sup>, al referirse a las cosas muebles no consumibles, establece que las garantías deben asegurar su “correcto funcionamiento”; el artículo 17<sup>451</sup>, al hablar de las reparaciones, considera que no resultan satisfactorias cuando la cosa reparada no reúne “las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada”.

Además de imponer obligaciones, puede deducirse la incorporación del principio que impone interpretar el contrato con el objeto de obtener la funcionalidad del bien o servicio prometido.

---

<sup>449</sup> ETCHEVERRY, Raúl, 1991. Ob. Cit., pág. 47.

<sup>450</sup> Ley 24.240, artículo 11 -texto según Ley 24.787-: “Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles, artículo 2.325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento”.

<sup>451</sup> Ley 24.240, artículo 17. “Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir, la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada ...”

#### **VII. 2. d. CONSERVACIÓN DEL CONTRATO DE CONSUMO**

En aquellos casos en que el Juez debe integrar el negocio luego de haber desechado una cláusula abusiva, teniendo particularmente en cuenta la finalidad que tuvieron en vista las partes cuando lo celebraron, el objeto del contrato.

La problemática planteada desde el punto de vista jurídico tiene implicancias de contenido económico y social de vital importancia, especialmente en una economía de mercado, tal la establecida actualmente en los países a que nos referimos, con las incidencias del mundo globalizado, atento la íntima correlación de los aspectos considerados por las distintas disciplinas.

Este criterio –el de conservación del contrato– ha sido expuesto al hablar de los principios de interpretación en general; sin embargo, su aplicación resulta aún más estricta, si se quiere, en los contratos de consumo; teniendo presente que el fin de éstos es la satisfacción de necesidades o deseos, tan instalada en la actual cultura de la economía del bienestar. Está particularmente mal vista la frustración de estos contratos y con ellos, de las expectativas generadas a las partes.

Nótese que aún para el caso de inclusión de cláusulas abusivas, en un contrato de este tenor, la Ley 24.240, en su artículo 37 establece expresamente que se tendrán por no convenidas, y que vista la nulidad de éstas, y toda vez que no constituyan el núcleo de las obligaciones pactadas, el juez integrará el contrato, justamente a efectos de su conservación.

Existe una excepción al principio de conservación del contrato, y está dada por el supuesto en que ésta traiga consigo perjuicios al consumidor, derivado de un particular modo de venta; tal el caso previsto en la Ley de

Defensa del Consumidor, de las ventas a domicilio<sup>452</sup>, por correspondencia y otras realizadas fuera del establecimiento mercantil<sup>453</sup>.

En este caso, la conservación constituiría un modo de esclavitud contractual, dado que la celebración del contrato está rodeada de circunstancias particulares, consecuencia de la aplicación de técnicas agresivas de marketing. Éstas promocionan exageradas virtudes del bien o servicio, destacan el “*status social*” que brindan y el inconveniente de no tenerlos; se realizan fuera del establecimiento mercantil; insisten en la urgencia en contratar, en el fenecimiento del plazo de la oferta, siempre por adhesión a condiciones generales; en fin, se trata de negocios celebrados bajo presión, que menoscaban aún más la posibilidad de reflexión acerca de su conveniencia; que sin embargo debería ser mayor por tratarse de una modalidad de características especiales.

Para este supuesto en particular, la Ley 24240, en su artículo 34<sup>454</sup> permite la liberación del consumidor, la revocación de su aceptación, dentro de un plazo determinado. En estos casos y en atención a la intención del legislador en este supuesto específico, la interpretación debe ser a favor de la liberación del consumidor, dejando de lado el principio de conservación del contrato, por considerarlo perjudicial.

---

<sup>452</sup> Ley 24.240, artículo 32: “*Venta Domiciliaria. Es aquella propuesta de venta de una cosa o prestación de un servicio efectuada al consumidor en el lugar donde reside, en forma permanente o transitoria o en su lugar de trabajo. En ella el contrato debe ser celebrado por escrito y con las precisiones del artículo 10*”.

<sup>453</sup> Ley 24.240, artículo 33: “*Venta por correspondencia y otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios*”.

<sup>454</sup> Ley 24.240, artículo 34: “*Revocación de la aceptación. En los casos de los artículos 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de cinco días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada*”.

### VIII. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

---

Resulta obvio, y ya fue expuesto, que en los contratos de consumo existen notables asimetrías que permiten, mediante la incorporación de cláusulas abusivas, el aprovechamiento por parte del predisponente, en perjuicio del consumidor que, claramente, altera la relación sinalagmática.

Es dentro de este marco conceptual que debemos enfocar a las cláusulas vejatorias, entendidas “como un fenómeno dañino vinculado a la situación de disparidad socio-económica en la cual se encuentran los adherentes, sometidos a los abusos de quien detenta el poder de hecho de predisponer a su arbitrio la disciplina del contrato. La intervención pública dirigida a reprimir tales abusos es ahora constitucionalmente legítima y también obligatoria, en cuanto está dirigida a tutelar una categoría débil”<sup>455</sup>.

Siguiendo el criterio utilizado al realizar el plan de la presente investigación, tomaremos como primera definición legal, la brindada por el artículo 3.1 de la Directiva Europea 93/13/CEE de la Unión Europea, que establece como principio: “una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de la partes resultantes del contrato”. “Esta directiva tiene como eje central la definición de cláusula abusiva, para prohibirla, haciéndola ineficaz”<sup>456</sup>.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España conceptualiza: “Se entenderán como abusivas las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y

---

<sup>455</sup> BIANCA, “Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie”, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 359. En este mismo sentido, FURGIUELE, cuando expresa que: “el punto de partida no es el de la pretendida igualdad formal, sino de la efectiva desigualdad sustancial que diversifica la posición del sujeto que predispone las cláusulas y que provee el bien o el servicio, respecto de la posición del destinatario de las mismas” (“Tre osservazioni e due corollari per l’attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive”, en *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 478). Citado por Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit.

<sup>456</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit., pág. 12.

*las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores o usuarios”<sup>457</sup>.*

Por su parte, ninguna de las legislaciones específicas de los países integrantes del MERCOSUR brinda una definición al respecto, limitándose a describir o enumerar aquellas que consideran reúnen tal calidad. Así, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil<sup>458</sup>, la Ley de Defensa del Consumidor de Uruguay<sup>459</sup>, y la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario, de Paraguay<sup>460</sup>.

Tampoco la Ley argentina<sup>461</sup> provee una definición de cláusulas abusivas. Se refiere a ellas en el capítulo IX “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”.

Concretamente, el artículo 37 establece: *“Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa....”*.

Significa que, aún sin nombrarlas éstas son las cláusulas que la ley considera abusivas, poniendo el énfasis en la desnaturalización del lógico equilibrio que debiera existir en toda relación negocial.

Sin embargo, el Decreto reglamentario de la Ley 24.240, número 1.798/94, expresa lo siguiente: *“se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones entre ambas partes”*.

---

<sup>457</sup> Artículo 10, apartado 1, inciso 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. España.

<sup>458</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 51.

<sup>459</sup> Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, artículo 30.

<sup>460</sup> Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario paraguayo, artículo 28.

<sup>461</sup> Ley de Defensa del Consumidor argentina, número 24.240.

Vale decir que, observando sistemáticamente nuestra legislación, podemos contar con una definición, de carácter amplio y general, coincidente con las previsiones volcadas en el artículo 37 de la Ley, ya citado.

La doctrina peruana las ha considerado como: “las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes”<sup>462</sup>.

También se la ha descrito como “aquella que es introducida por el proveedor en un contrato de adhesión y/o preimpreso y/o con cláusulas pre-dispuestas o incorporada en forma unilateral por éste en el curso del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, en menoscabo de los derechos que expresamente las leyes reconocen al consumidor y/o afecten el equilibrio de las prestaciones comprometidas por las partes”<sup>463</sup>.

Asimismo, se ha expresado que es: “aquella cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o la establecida en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometa el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contenga la renuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen”<sup>464</sup>.

Es dable poner de resalto que serán consideradas nulas las cláusulas ilegítimas, en sentido amplio –incluyendo aquellas que sean inmorales o contrarias a las buenas costumbres o al orden público. Igual tratamiento deberá otorgarse a aquellas que en forma injustificada impongan mayores cargas a la parte contractualmente más débil o eximan de responsabilidades a la parte más fuerte.

Cabe recordar que “Una cláusula puede ser abusiva en sí, o en combinación con otras. El contrato que la contiene es también referido como de

---

<sup>462</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. 1996. “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, pág. 202. 3ª Edición. Editorial Fondo Editorial. Lima. Perú.

<sup>463</sup> SCHVARTZ, Liliana. 2003. Ob. Cit., pág. 6.

<sup>464</sup> MORELLO, Augusto y Rubén STIGLITZ. 1981. “Ponencia presentada en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, La Plata, En *Revista de Derecho del Consumidor*, N° 8, pág. 8. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

mordaza, de sujeción, o de agarrotamiento. Se utiliza asimismo la expresión de contratos leoninos (la palabra leonina se halla consagrada incluso por el propio Código Civil –paraguayo–), así llamados en evocación de una vieja fábula sobre la sociedad de caza que el león-rey había formado con otros animales haciendo valer su superioridad<sup>465</sup>.

A este tipo de cláusulas se las ha denominado, como ya se ha dicho, abusivas, leoninas; o también vejatorias, lesivas; todos adjetivos que hablan de su carácter dañino para una de las partes y, a la vez, ponen de manifiesto el “aprovechamiento” de la posición de superioridad de la otra, cuestión que resulta de particular relevancia en los contratos de consumo, teniendo presente la peculiar relación de desigualdad estructural de fuerzas e información, en la negociación que les da origen.

Resulta bien sabido que existen muchos empresarios que actúan en forma correcta y honesta. La previsión de sanción de estas cláusulas no tiene el objetivo de intromisión en su ámbito de libertad, con afán de entorpecer sus negocios. Nada más lejos de la realidad. El afán protectorio del consumidor favorece justamente a quienes actúan de ese modo, diferenciándolos de quienes lo hacen contrariando la normativa y la buena fe. La tutela es a efectos de evitar el abuso de la posición de preeminencia del predisponente. Se trata, pues, de impedir que se le impongan al consumidor condiciones lesivas, que afecten o desequilibren el sinalagma contractual; o renunciadas a legítimos derechos, como condición para lograr el acceso a un bien o servicio determinado.

Por nuestra parte, podríamos definir a las “cláusulas abusivas” como aquellas insertas en un contrato predeterminado –generalmente de adhesión a condiciones generales de la contratación–, mediante las cuales, contrariando el principio de la buena fe, se genere un notorio desequilibrio en las prestaciones debidas por cada parte, en perjuicio del adherente; sea por ampliación de los derechos o restricción de las obligaciones por parte del predispo-

---

<sup>465</sup> MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. 1999. *Cláusulas Abusivas en los Contratos*, pág. 50, nota 43. Editorial Intercontinental. Asunción. Paraguay.

nente; por ampliación de las obligaciones o restricción de los derechos, o de su modo de hacerlos valer, por parte del adherente –que en caso que nos ocupa revestiría, además, el carácter de consumidor y, como tal, sería acreedor a la especial tutela del orden público económico-jurídico<sup>466</sup>–.

Se han señalado como requisitos para determinar el carácter abusivo en una condición –cláusula predispuesta– a los siguientes: a) ser contraria a las exigencias de la buena fe; b) la existencia de importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; y 3) perjuicio del no profesional –adherente–<sup>467</sup>.

Como ya se expusiera, la buena fe resulta un parámetro de conducta aplicable en las relaciones contractuales, y aún con más estrictez en el caso de los contratos de consumo, en que existe una fuerte asimetría entre el poder de negociación e información de las partes intervinientes. En cuanto al desequilibrio, la definición de su carácter de “importante” quedará librada al arbitrio judicial –una vez recepcionadas las pruebas–; y en lo que hace al perjuicio del adherente, ello deviene del hecho de que, en el ámbito de Derecho Privado, debe existir un daño, que justifique la posibilidad de reclamos.

Atento la intrínseca calidad de “ilícitas”<sup>468</sup> que revisten las cláusulas

---

<sup>466</sup> Se ha referido que “el “orden público jurídico” haría referencia a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad; en tanto que el orden público económico quedaría integrado por las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración. El profesor De Castro (De Castro. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en Anuario de Derecho Civil, 1982, t. XXXV, fsc. IV, págs. 987 y ss., concretamente págs. 1.048 a 1.050), abundando más en la distinción, señala una serie de diferencias entre uno y otro concepto. Así, el orden público jurídico se basaría en normas extrapositivas, no expresadas legalmente; tendría por finalidad evitar que a través de la libertad contractual los órganos del Estado se vean obligados a imponer algo que sea contrario a la justicia o a la moral y su eficacia sería negativa: declarar nulos aquellos convenios que, por ser contrarios al orden público, tienen un propósito, objeto o causa ilícita. Por su parte, el orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos; su finalidad sería obtener el cumplimiento de la ordenación económica prevista y tendría una eficacia positiva: imponer haceres para establecer la prevista ordenación económica”. (SÁNCHEZ GONZÁLES, María Paz. Ob. Cit., Pág. 62).

<sup>467</sup> MOISÁ, Benjamín. Ob. Cit., pág. 236.

<sup>468</sup> Ilícitas en cuanto contraríen el sistema jurídico en sentido amplio, los Principios generales del Derecho y hasta la moral y las buenas costumbres.

abusivas, deberán ser sancionadas con la nulidad<sup>469</sup>, considerándose las “como si nunca hubieran existido”, “no escritas”, “no convenidas”<sup>470</sup>, “ineficaces” o “nulas de pleno derecho”<sup>471</sup>.

Según la gravedad de la afeción a inalienables derechos individuales, podrán clasificarse en aquellas nulas, *in absolutum* –o de pleno derecho–, que establecen que el juez “debe” declarar su nulidad; y las anulables, en las que se indica que el juez “puede” declarar su nulidad, previa valoración propia de las circunstancias y particularidades del contrato y los sujetos en él intervinientes.

Lógicamente, sostenemos que la mencionada nulidad deberá ser parcial –sólo de la o las cláusulas lesivas–, sin afectar la validez del contrato, cuya frustración es vista con disvalor, especialmente en las relaciones de consumo. Para permitir la funcionalidad de éste, su contenido deberá ser “integrado” por el juez, teniendo en cuenta, principalmente, el objetivo que tuvieron en miras las partes al celebrarlo, los elementos del tipo contractual –derecho supletorio–; los principios de interpretación de las condiciones generales de la contratación, de los contratos de consumo; de los contratos, en general; y del Derecho –en ese orden–, con el objeto de realizar una integración dentro de los “valores esenciales” determinados como “orden público jurídico”.

Como corolario de este ítem, resulta interesante transcribir lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas, cuando se expresara: “*Quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur*”<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> Ley de Defensa del Consumidor y Usuario paraguaya, artículos 28 y 31.

<sup>470</sup> Ley 24.240, artículo 37.

<sup>471</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 51.

<sup>472</sup> “Si se hubiere hecho lo que la ley prohíbe, no sólo se lo tendrá por inútil, sino también por no hecho” (Ley de las XII Tablas, Libro I, Título XIV, ley 5ª). CABANELLAS, Guillermo. 2003. Repertorio jurídico de principios generales del Derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª edición ampliada por Ana María Cabanellas. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.

## **IX. CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

---

Considerando las particulares características que ya señaláramos, acerca de las condiciones generales de la contratación, especialmente cuando son utilizadas en relaciones negociales de consumo, surge con claridad meridiana la necesidad de establecer su control, desde diferentes ángulos y niveles, con el único objetivo de hacer efectivo el “orden público económico de protección del débil jurídico”, para restablecer el equilibrio del sinalagma.

La solución propuesta se encuentra implementada en la casi totalidad de legislaciones conocidas, que contemplan la posibilidad de realización de contratos con esta modalidad. Es decir que ante la inevitabilidad de su uso, corresponde proveer a la correspondiente tutela.

Cabe traer a colación, en este tema, la inexistencia del “mercado perfecto”, que con su sola “mano” regula las relaciones económicas y las jurídicas derivadas de aquellas. Ante sus “fallas”, es que resulta necesario el establecimiento de controles. Más aún, recordemos que el consumidor habitualmente no elige entre dos contratos por la inclusión en uno de “cláusulas abusivas”, a diferencia del otro; simplemente escoge por mejores condiciones de precio, plazo de financiación, calidad del producto, sin siquiera leer cuáles son las condiciones negociales a que se somete.

“El Análisis Económico del Derecho dirá que los adherentes no basan su decisión de contratar o no, en el contenido de las condiciones generales. Al no afectar éstas a su decisión de con quién contratan, los predisponentes no se ven en la necesidad de modificarlas haciéndolas más beneficiosas para los consumidores, ya que saben que a más de incrementar el valor del bien, una modificación de tal entidad no traería aparejada un alza en las contrataciones. Y esta actitud por parte de los consumidores es absolutamente racional desde el punto de vista económico. Los costes que para el consumidor podrían devenir de informarse acerca de cada una de las condiciones generales y su comparación con otras ofrecidas en el mercado, harían caer por tie-

rra sus beneficios a la hora de adquirir el bien pretendido al menor precio. De hecho muchas veces, los costes de informarse podrían llegar a exceder en mucho el valor del propio bien. Con lo cual si los costes superan a los beneficios, la solución es ineficiente y por tanto antieconómica para el consumidor. Por tanto, si el mercado no puede penetrar el ámbito de las condiciones generales, el derecho debe hacerlo”<sup>473</sup>.

Ante la misma ligereza, ante el bombardeo de la publicidad, ante las prisas de la vida actual, este sujeto se convierte en una hoja llevada por el viento, víctima de sus necesidades, la presión social, la moda, y el deseo de consumir, azuzado desde todos los ángulos. Todo este entorno lo convierte verdaderamente en vulnerable y es entonces donde surgen los aprovechamientos por parte de quien ejerce la posición dominante, incluyendo cláusulas que resultan vejatorias para sus intereses.

El control de las condiciones generales –que proponemos– se encuentra incorporado en la legislación positiva de muchos países –como luego referiremos–, y puede llevarse a cabo de las siguientes maneras:

“1ª) Legislativamente, mediante el fomento de una regulación especial, protectora de la parte contractual más débil, lo que se consigue incrementando las normas imperativas, prohibiendo determinados pactos o cláusulas o mediante la inclusión de normas semi-imperativas, esto es, normas que dejan de ser dispositivas para una de las partes contractuales, aunque no para la otra –la más débil–, que puede mejorar mediante pacto su situación en la relación contractual, pero no empeorarla. 2ª) Por la Administración, como sucede con el control que establece el art. 3º de la Ley de Contrato de Seguro y el art. 10-3 LGDCU (españolas), pero limitado a las condiciones generales que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio. 3ª) Judicialmente, a través de los medios que el legislador pone en manos de los jueces, como las reglas de interpreta-

---

<sup>473</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura, Ob. Cit.

ción o de declaración de invalidez de las cláusulas predispuestas que no se ajusten a ciertos parámetros.

En primer lugar, el llamado control de inclusión, que tiene por objeto determinar qué condiciones se han incorporado, efectivamente al contrato; en segundo lugar, el llamado control de interpretación, a efectos de determinar el alcance y sentido de las condiciones efectivamente incorporadas, cuando sean oscuras; y en tercer lugar el control de contenido, que pretende depurar el contrato de aquellas cláusulas que habiendo sido efectivamente incorporadas y no siendo *–ab initio* o merced a su correcta interpretación– oscuras, resulten abusivas”<sup>474</sup>.

Como ya hemos expuesto, los principios de interpretación de los contratos de las condiciones generales de la contratación resultan específicos, atendiendo a las particularidades de esta modalidad; más allá de los límites impuestos por el orden público y la moral; rigen aquí con particular rigor, en tal carácter, la buena fe y la búsqueda del equilibrio en las prestaciones.

Evidentemente, el nivel de control legislativo, en el caso que nos ocupa, particularmente en Argentina, deberá ser realizado a través del mejoramiento de las normas protectorias, para lo cual realizaremos una propuesta, como resultado de esta investigación.

### **IX. 1. CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO**

Pasando al ámbito de Control Administrativo, se encuentra previsto en la Ley 24.240, que establece como autoridad de aplicación nacional a la Secretaría de Industria y Comercio<sup>475</sup>, dejando a cargo de las Provincias y, eventualmente de los Municipios, la designación de quienes tendrán bajo su potestad tal materia.

A esta autoridad de aplicación se refiere la Ley cuando pone a su cargo la vigilancia de los contratos de adhesión o similares, a efectos que no

---

<sup>474</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. Ob. Cit., pág. 297.

<sup>475</sup> Ver artículo 41 de la Ley 24.240.

contengan cláusulas abusivas<sup>476</sup>, aunque requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial<sup>477</sup> –tal sería el caso de contratos de seguros, de ahorro para fines determinados, de tarjetas de crédito–. Es decir que, más allá de los controles específicos en la materia, que pueden realizar las respectivas autoridades, la designada por Ley 24.240 deberá realizar un nuevo análisis de legitimidad de las cláusulas, desde la particular perspectiva del derecho tuitivo del consumidor.

Las actuaciones administrativas que puede iniciar este Ente podrán ser promovidas, en caso de presuntas infracciones a la normativa, de oficio, o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores –asociaciones de consumidores o Defensor del Pueblo–<sup>478</sup>.

El procedimiento administrativo antes referido puede acarrear como sanción –en caso de detectarse la existencia de cláusulas abusivas– la aplicación de apercibimiento, multas, decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción, clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado, suspensión en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado, pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales, además de la publicación –en todos los casos– de la resolución condenatoria, a costa del infractor en el Diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción<sup>479</sup>.

Como es fácil advertir, las sanciones que pueden aplicarse significarán un castigo para el empresario trasgresor; sin embargo, no redundarán en

---

<sup>476</sup> Ley 24.240, artículo 38: “*Contrato de adhesión. Contratos de formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión y similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido*”.

<sup>477</sup> Ley 24.240, artículo 39: “*Modificación contratos tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación*”.

<sup>478</sup> Ver artículo 45 de la Ley 24.240.

<sup>479</sup> Ver artículo 47 de la Ley 24.240.

ninguna compensación para el consumidor afectado. Es decir que si éste la pretende, deberá recurrir a la sede judicial.

Ello significa que, realmente, puede funcionar como una medida disuasoria para la inclusión de condiciones lesivas, y en tal sentido resulta una previsión valiosa y, por tanto, consideramos que debe mantenerse y profundizarse su aplicación a la mirada de relaciones que se celebran mediante estas nuevas modalidades negociales. La Secretaría de Industria y Comercio ejerce, como autoridad de aplicación, funciones jurisdiccionales, que le han sido delegadas en forma expresa por la Ley.

El marco de aplicación de este control resulta aceptable en la legislación argentina; sin embargo lo que genera insatisfacción es el nivel de su aplicación efectiva, a pesar que la mayoría de las resoluciones que en tal carácter se dictan resultan confirmadas en sede judicial, lo que habla del acierto de sus decisiones. Tal vez resultaría interesante una mayor participación ciudadana en las denuncias, o la realización de mayores y mejores controles, por parte de la misma Administración, de los cuales pudieran surgir las infracciones que posteriormente fuesen investigadas y sancionadas, en forma ejemplificadora.

En este orden resultan de aplicación las Resoluciones 26/2003 y 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, que determinan listas de cláusulas consideradas abusivas, establecidas en atención a la necesidad de reafirmar la tutela inhibitoria sustancial que veda su inclusión en los contratos de consumo.

## **IX. 2. CONTROL JURISDICCIONAL**

Pasando, ahora al control de carácter jurisdiccional, podemos mencionar que tiene tres estadios, en cada uno de los cuales se revisará un aspecto diferente de la posibilidad de existencia de condiciones abusivas.

### **IX. 2. a. CONTROL DE INCLUSIÓN**

El objetivo de este “primer paso” en el control, es determinar la existencia de cláusulas que resulten incomprensibles, ilegibles, incompletas, o que reenvíen a textos o documentos que no se hayan entregado previa o simultáneamente al momento de concreción del negocio, todas ellas referidas en forma específica a los aspectos esenciales del documento de venta, tales como: *a) la descripción y especificación de cosas muebles, b) el nombre y domicilio del vendedor; d) la mención de las características de la garantía, e) los plazos y condiciones de entrega y f) el precio y las condiciones de pago*<sup>480</sup>.

Es decir que el juez directamente desechará dichas cláusulas, decretando su nulidad, en virtud de contrariar en forma específica la normativa<sup>481</sup>.

“Esta forma de control pone de manifiesto que para el legislador las condiciones generales de la contratación no tiene valor normativo, sino contractual. No se imponen en cuanto usos mercantiles, como sostuvo Garrigues, sino en cuanto han sido objeto de consentimiento contractual: obligan en cuanto que sean aceptadas por cada adherente como parte del contenido de cada contrato concreto (Lacruz, Díez-Picazo)”<sup>482</sup>.

### **IX. 2. b. CONTROL DE INTERPRETACIÓN**

El segundo paso de este sistema consiste en realizar el control de interpretación, que tiene como objetivo determinar el alcance y sentido de cláusulas oscuras o ambiguas. Evidentemente, este control puede realizar el juez –y de hecho lo hace– ante cualquier tipo de contrato que se ponga a su consideración, aplicando, para ello, los principios de interpretación que ya hemos expresado, aún con la especificidad de aquellos que sean de consumo.

---

<sup>480</sup> Ver artículo 10 de la Ley 24.240.

<sup>481</sup> Ver artículo 37, in fine de la Ley 24.240.

<sup>482</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. Ob. Cit., pág. 298.

Sin embargo, cuando el contrato haya sido celebrado mediante adhesión a condiciones generales de contratación, deberán tenerse presente las particularidades de este instituto, poniendo en acción algunos principios de interpretación que le son propios.

Es que, si bien se ha sostenido que “La labor del intérprete debe dirigirse pues a la búsqueda del sentido que las partes quisieron dar a sus respectivas voluntades plasmada en las distintas cláusulas o condiciones generales, y en este sentido, su actividad no difiere de la que corresponde en la interpretación del contrato en general”<sup>483</sup>, hemos adelantado posición acerca de considerar que el adherente realmente encuentra muy limitado su ámbito de autonomía de la voluntad, por lo que resultará bastante difícil establecer el sentido que quiso dar a cada cláusula predispuesta, cuando no tuvo ninguna posibilidad de modificarlas.

En virtud de ello, se aplicarán los principios generales ya mencionados para la interpretación de los contratos de consumo, principalmente la interpretación típica y “*contra proferentem*” y el “*favor débilis*”. “Aquí, en el campo de la contratación con condiciones generales es la interpretación objetiva la que ha de primar, puesto que en estos casos la interpretación buscará siempre el equilibrio de las posiciones contractuales”<sup>484</sup>.

#### **IX. 2. b. 1. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

Es dable hacer hincapié en que para el abordaje de este tema tomaremos como base a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española, que extiende sus efectos a todos los contratos que se celebren bajo tal modalidad, excediendo los realizados por consumidores, lo que le otorga una mayor dimensión de aplicación y pone de manifiesto que también entre empresarios resulta común, en la actualidad, esta forma de instrumentación.

---

<sup>483</sup> MARTÍNEZ de SALAZAR, Lucio. 1999. “Notas sobre la interpretación de las Condiciones Generales de la Contratación”. Revista La Ley. Año XX, 4791, pág. 2. Madrid, España.

<sup>484</sup> DÍAZ ALABART, Silvia. 1999. Ob. Cit., pág. 199.

El art. 6 de la Ley citada, establece que:

*a.- Cuando existe contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.*

*b.- Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.*

*c.- Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.*

Analizaremos los distintos supuestos.

#### **IX. 2. b. 1. 1. REGLA DE LA PREVALENCIA**

Importa que el intérprete, en caso de contradicción entre una condición general y una cláusula particular, deba estar a lo que disponga esta última.

El fundamento deriva de la misma lógica. Las cláusulas particulares se establecen en base a negociaciones entre las partes; en contraposición con las condiciones generales, que han sido establecidas por el predisponente para una cantidad indeterminada de contratos, con sujetos, también indeterminados.

Obviamente, aquello que las partes han convenido específicamente para el negocio que se interpreta deberá ser tomado como expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad, a diferencia de las condiciones generales, que se integran por simple adhesión. Así las primeras deben ser consideradas como derogatorias de las segundas, que se les opongan.

Resulta atinada la previsión, teniendo presente que las condiciones generales se incluyen en un contrato de forma indiscriminada, con carácter general, mientras que la condición o cláusula particular sólo cobra sentido en el contrato concreto en que se inserta, es decir que revela la verdadera y manifiesta intención de las partes respecto de ese negocio jurídico.

Parte de la doctrina considera que la Regla de Prevalencia “no es propiamente una regla de interpretación de los contratos en tanto en cuanto su fin no es la averiguación del sentido de los mismos o de las cláusulas que los componen; no es una regla tendiente a la averiguación, sino una regla imperativa sobre la cláusula que habrá de entenderse incorporada al contrato entre varias en contradicción –las generales y las particulares–”<sup>485</sup>.

Se trata de la determinación de una escala jerárquica de preeminencia, a aplicar en este tipo de negocios.

Va de suyo que el hecho que en las condiciones generales se incluya una cláusula que imponga la ineficacia de los acuerdos individuales a que pudieran arribar las partes, no empece la aplicación del principio en comentario puesto que lo contrario importaría, a través de una cláusula de carácter predispuesto y general, derogar lo pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Aún, su inclusión dentro del clausulado general podría interpretarse como sorpresiva y, por tanto, abusiva.

#### **IX. 2. b. 1. 2. REGLA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**

El art. 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española<sup>486</sup>, en su último párrafo, ha incorporado una excepción a la regla de la prevalencia, al establecer que el criterio de la condición más beneficiosa se aplicará aún cuando ésta se encuentre incorporada dentro de las generales y por oposición a una cláusula particular.

Esto significa que en caso de existir contradicciones entre las distintas condiciones generales de un contrato, considerando incorporadas al mismo

---

<sup>485</sup> Ídem, pág. 202.

<sup>486</sup> Artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española: “*Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares*”.

las incluidas en la publicidad<sup>487</sup>, la interpretación deberá ser en el sentido que resulte más beneficiosa al adherente.

La Ley de Defensa del Consumidor Argentina, no posee una definición referida a la colisión entre cláusulas, sin embargo establece el principio general de aplicación de la interpretación más beneficiosa para el consumidor en sus artículos 3<sup>488</sup> y 37<sup>489</sup>. Éste último, reflejo del “*favor debilis*” constituye el fundamento de la regla de la condición más beneficiosa.

La ley española establece un criterio particular, al expresar que en todos los casos se aplicará la condición más beneficiosa, aún cuando ésta se incluya en una cláusula general, en oposición a lo pactado en una particular.

Sin embargo, tal vez hubiera resultado más acertado limitarse a aquellas cláusulas que no hubieran sido negociadas, puesto que lo contrario significa en los hechos proteger al sujeto más allá de lo que él mismo quiso hacerlo, al negociar y convenir las condiciones particulares. Aparentemente, el fin tuitivo resulta excesivo.

### **IX. 2. b. 1. 3. INTERPRETACIÓN “CONTRA PROFERENTEM”**

Este criterio ha sido desarrollado al referirnos a los principios de interpretación en los contratos de consumo.

Particularmente, el número 2 del artículo 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación española, establece que “*las dudas en la interpretación de las condiciones generales se resolverán a favor del adherente*”. Es decir que las cláusulas oscuras de un contrato deben ser interpre-

---

<sup>487</sup> Ley 24.240, artículo 8. “*Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tiene por incluidas en el contrato con el consumidor*”.

<sup>488</sup> Ley 24.240, artículo 3. “*Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”.

<sup>489</sup> Ley 24.240, artículo 37. “*Interpretación... La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa ...*”

tadas en contra de quien haya producido tal oscuridad y, en su consecuencia, favorable a la otra parte.

También el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio argentino, de 1998, en sus artículos 1.032<sup>490</sup> y 1.033<sup>491</sup> prescribe esta solución.

Idéntico criterio adoptan los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en su artículo 4.6<sup>492</sup>, con una redacción que trasluce un ánimo sancionatorio para el predisponente, al decir: “*la interpretación que perjudique a dicha parte*”, como haciendo surgir la responsabilidad del hecho de haber tenido la posibilidad de predeterminar el contenido.

En la misma tónica del principio de la responsabilidad civil que ha virado su óptica desde la búsqueda de un culpable, para sancionarlo, hacia el crédito de indemnización para la víctima, para repararla, vigente en el actual Derecho de daños; en este ítem, la atención está puesta en el adherente. No se persigue, ya, sancionar al predisponente, sino asegurar al débil un crédito a una información veraz.

Alfaro Águila Real estima que para que esta regla pueda ser aplicada deben concurrir tres requisitos: 1.- que la cláusula sea dudosa; 2.- que la oscuridad sea imputable al predisponente; y 3.- que la duda no pueda resolverse aplicando los criterios subjetivos de interpretación<sup>493</sup>. Si bien resulta atendible, el desarrollo in extenso de estos supuestos excede la extensión del presente trabajo.

---

<sup>490</sup> Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, argentino, artículo 1.032. “*Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser interpretadas: a) en sentido contrario a quien las redactó, aunque se trate de un contrato discrecional ...*”

<sup>491</sup> Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, argentino, artículo 1.033. “*Los contratos predisuestos, y las cláusulas predisuestas, son interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente*”.

<sup>492</sup> Principios de UNIDROIT, artículo 4.6: “*Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte*”.

<sup>493</sup> ALFARO AGUILA REAL, Jesús. 1987. “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”. Revista de Derecho Mercantil, N° 183-84, pág. 52. Madrid. España.

Aplicando este criterio, la interpretación deberá ser restrictiva para el caso que las dudas planteadas por cláusulas oscuras o ambiguas impongan obligaciones al adherente, y expansiva, cuando establezca derechos a su favor<sup>494</sup>.

Reiteramos que este principio se encuentra emparentado con el de buena fe, y en él tiene su origen; en tanto y en cuanto se exige al predisponente una conducta leal y ajustada a la confianza que despierta en la otra parte, y se lo sanciona con una interpretación en su contra cuando incumple con el deber de probidad, agravado por la posición de superioridad negocial que ostenta al haber tenido la posibilidad de predisponer el texto del contrato.

Federico de Castro y Bravo sostiene al respecto: “El fundamento de la regla *contra proferentem* es sobradamente conocido. Se basa en el principio de la buena fe concretado en el sentido de exigencia de autorresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad. Al realizarla, el sujeto tiene el deber de expresarse claramente (*clare loqui*), por lo que si no lo hace debe pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. La regla establece, por lo tanto, una distribución equitativa del riesgo contractual: en concreto el adherente, que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación”<sup>495</sup>.

---

<sup>494</sup> Sobre tal tema se ha expedido la jurisprudencia, en fallos en que determinara: “Las cláusulas predisuestas de un contrato deben ser analizadas con rigor y siempre en contra del emisor”. (CNCom., Sala B, noviembre 23-1995. Giacchino, Jorge c/ Machine & Man. La Ley, 1997-D, pág. 859). “Los contratos de adhesión con cláusulas predisuestas deben interpretarse en contra del predisponente”. (C1aCC Mar del Plata, Sala II, noviembre 16,1995. Siciliano, Miriam E. c/ El Monolito Coop. de Vivienda Ltda. La Ley BA, 1996, pág. 385). “Las disposiciones de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D,4125) establecen que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, haciendo referencia a las formas estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general a las que fueron redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio sin que la contraparte tuviera posibilidad de discutir el contenido”. (C1aCC Mar del Plata, Sala II, noviembre 29,1997. Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre. La Ley BA, 1998, pág. 511).

<sup>495</sup> DE CASTRO y BRAVO, Federico. 1971. *El negocio jurídico*, pág. 88. Madrid, España.

Dejamos en claro, sin embargo, que el adherente debe conducirse diligentemente, obrando con cuidado y previsión, en los racionales límites que le permitan su condición de profano y las demás circunstancias que eventualmente pueden condicionar su consentimiento, tales como la necesidad o la posición de monopolio del productor.

Resulta obvio que los principios de interpretación aquí planteados responden a la evolución y cambios operados en la noción de contrato, que ya hemos referido.

Estimamos que el germen de los más actuales criterios se encuentra contenido en aquellos que hemos expuesto al principio y que estaban apenas esbozados en los Códigos decimonónicos, pero habían sido incorporados, como informadores del sistema de Derecho privado en Argentina, con la Reforma al Código Civil introducida por la Ley 17.711, en 1968; en la actualidad solamente han sido particularizados y especificados, en un afán de hacerlos más fácilmente operativos.

Teniendo presente los vertiginosos cambios habidos en los sistemas de comercialización, la masificación de la producción y la standarización de los contratos, unidos a la debilidad que todo ello genera en quien sólo tiene la opción de adherir a las condiciones generales predeterminadas por el empresario o no poder acceder al producto o servicio que pretende, hacen necesaria la intervención del Estado, a efectos de restablecer los parámetros de la equidad, que constituye la justicia aplicada al caso concreto.

En Argentina, estos principios han permitido a los operadores del Derecho camppear varios vendavales económicos, sociales y jurídicos, que esperamos no vuelvan a repetirse, sirviendo de límite axiológico ante el caos muchas veces provocado por el mismo “acto del Príncipe”<sup>496</sup>.

Los cambios operados en la noción del contrato, que ya han sido suficientemente enunciados, se han visto acompañados, con toda lógica, por la

---

<sup>496</sup> Simplemente puede recordarse la nefasta “pesificación” de los depósitos bancarios, establecidas poco tiempo después de haber establecido, por ley, su intangibilidad.

evolución de sus principios de interpretación, y ello corresponde al inevitable devenir de la modernidad.

### **IX. 2. c. CONTROL DE CONTENIDO**

El tercer nivel de control ha dado en llamarse “control de contenido”. Se realiza en dos ámbitos diferentes; en el ámbito administrativo, mediante el control previo, que ya mencionáramos –realiza un *control ex ante*–, y en sede judicial –*control ex post*–.

Tiene por objeto determinar la legalidad del contenido de las cláusulas incorporadas. Es un tema íntimamente relacionado a nuestro objeto de estudio: las cláusulas abusivas. Es la existencia de éstas lo que tanto la autoridad administrativa de aplicación como el juez intentarán detectar y, de hacerlo, declarar su nulidad e ineficacia, teniendo en miras la protección del orden público económico y del consumidor.

Habiendo desarrollado antes el control administrativo previo, nos referiremos, ahora, al control de contenido de carácter jurisdiccional. Recordemos que el Juez realiza, en primer término, el control de inclusión, a fin de desechar aquellas que resulten incomprensibles, ilegibles, incompletas; en segundo lugar, deberá proceder al control de interpretación, a efectos de determinar lo más certeramente posible, cuál ha sido la verdadera intención de las partes, poniendo en acción los principios generales que informan a la contratación de consumo, realizada mediante adhesión a condiciones generales de la contratación y; por último, el control de contenido resulta de carácter valorativo, y deberá aplicar los criterios establecidos en la normativa, a efectos de determinar la posible lesividad contenida en las cláusulas en análisis.

Resulta interesante traer a colación que los elementos sustanciales para tal determinación van a ser: la actuación de buena fe –en sentido objetivo, con las consecuencias que ello conlleva– y el justo equilibrio en las prestaciones recíprocas –teniendo particularmente en cuenta la asimetría en las

posiciones negociales—. Más adelante señalaremos los parámetros que establece la legislación argentina al respecto.

Merece especial mención la posibilidad de “convalidación” de estas cláusulas mediante la “aprobación” por parte del adherente-consumidor. En el caso que la pretendida aprobación se encuentre incluida dentro del clausulado general, obviamente resultará de ningún valor, atento que adolece de las mismas debilidades que pretenden combatirse con estos controles.

En los demás casos, deberá realizarse un control muy cuidadoso y estricto acerca de la posibilidad que la aprobación haya sido obtenida de manera subrepticia, o utilizando medios de presión, que hayan afectado seriamente la manifestación de la voluntad en tal sentido, nuevamente teniendo como marco de análisis la relación en que una de las partes goza de una posición privilegiada.

“Empero, esta investigación es provechosa en la medida en que, patrocinada por la autoridad administrativa de aplicación de las normas de tutela del consumidor, conduce a confeccionar “listas negras” o “listas grises” acerca de prohibiciones o alertas. De nada sirven –o de muy poco cuando, pese a ser detectadas y denunciadas, permanecen en el tráfico y son de aplicación cotidiana”<sup>497</sup>.

Esto significa que, para que el control de contenido realmente resulte eficiente, deberá ser aplicado atenta y estrictamente, declarando la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas –como política correctiva de su existencia– y, consecuentemente, integrar el contrato a efectos que no se produzca la frustración de sus efectos, origen y fin de la disciplina de consumo.

Por otra parte, debe bregarse por la seguridad negocial, encarnada en la perdurabilidad del contrato celebrado, en aquella parte que respeta el equilibrio de las prestaciones. Es decir que le corresponde al Estado velar por el mantenimiento o restablecimiento del carácter conmutativo de dichos contratos.

---

<sup>497</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 41.

Un elemento de vital importancia, a tal efecto, será la interpretación jurídica, dado que la misma podrá moderar los principios meramente económicos tenidos en vista por las partes al contratar, morigerándolos con criterio axiológico. En este orden, deberá aplicarse principios éticos, a efectos de limitar los esquemas económicos, partiendo de valores fundamentales de respeto de los derechos esenciales, a partir de criterios de justicia y equidad, en la búsqueda de lograr la seguridad jurídica.

“Ante la existencia de cláusulas contractuales incompatibles debe procurarse una interpretación que las concilie, buscando preservar la eficacia de ellas y atribuyéndoles el sentido que mejor se adecue a la naturaleza del contrato en cuestión y a las reglas de la equidad”<sup>498</sup>.

Es por ello que quien deba interpretar el contrato –sean las partes o el juez– deberá remitirse, primariamente a la buena fe en el contexto de los usos y costumbres del tráfico negocial, y teniendo como parámetro comparativo la conducta de un individuo similar ante la posibilidad de formalizar el contrato en estudio y con el empresario determinado, que es quien ha pre-dispuesto las condiciones –interpretación objetiva–.

---

<sup>498</sup> CNCom., sala C, 1993/11/22, La Ley, 1994-E, pág. 320.

## **X. REVISIÓN DEL CONTRATO**

---

La revisión del contrato constituye una instancia reservada al juez ante quien se invoque alguna irregularidad o contravención con la normativa, quien, en el caso de los contratos de consumo celebrados mediante adhesión a condiciones generales de la contratación, tendrá a su cargo ejercer los controles que ya expusieramos y, en los demás casos, deberá realizar la revisión, poniendo en acción los principios generales de interpretación, también ya mencionados. Es en manos de este “tercero”, en las que el ordenamiento pone la posibilidad de realizar una revisión del ajuste que tiene el instrumento jurídico a los parámetros establecidos.

La Ley de Defensa del Consumidor argentina posee una norma clara y precisa en el sentido de la sanción que corresponde aplicar en el caso de detectarse la existencia de una cláusula abusiva; es su nulidad<sup>499</sup>, esto significa que no son pasibles de convalidación, son definitivamente nulas y, por tanto, se las tendrá “*por no convenidas*”<sup>500</sup>, es decir, como si nunca hubieron existido.

Ahora bien, del mismo artículo 37 de la Ley surge claramente que la nulidad deberá ser, en todos los casos en que esto fuere posible, de carácter parcial –a pesar de la validez del contrato-, en aplicación del principio de conservación del contrato, cuyos fundamentos ya explicáramos.

Ello importa que: “la nulidad sólo afecta a la concreta cláusula abusiva, pero radical, absoluta o de pleno derecho, es decir, una ineficacia imprescriptible, irrenunciable, no convalidable, declarable tanto de oficio como a instancia de cualquier interesado, y que se puede hacer valer tanto por vía de acción como por vía de excepción. ... Se trata de un supuesto de nulidad parcial que opera *ex lege*, sin tener en cuenta la voluntad de las partes. ... Porque la nulidad total, es decir, del contrato en su integridad, obliga a las

---

<sup>499</sup> Recordemos lo dispuesto por el artículo 37, in fine de la Ley 24.240, cuando dice: “*el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas*”.

<sup>500</sup> El párrafo inicial del artículo 37 de la Ley 24.240 expresa: “*sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...*”.

partes a la restitución de las prestaciones y a dejar las cosas como si ninguna relación hubiera existido entre ellas, y ello determina que el contrato no surta su función económica. Dicho de otra manera: en lugar de obtener la prestación por la que contrató y evitar las condiciones que le perjudiquen, se quedaría sin la prestación, o teniendo que restituir; lo cual, se supone, no le interesa”<sup>501</sup>.

De aquí surgirá la posibilidad de que, una vez declarada la nulidad de la o las cláusulas, el juez decida dejar el contrato vigente, sin ella –en los casos que esto sea posible– o deba integrar el contrato, con el objeto de devolverle su funcionalidad.

---

<sup>501</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. Ob. Cit., pág. 313.

## **XI. RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

---

Hemos mencionado que el capítulo 9 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, se titula: “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”.

En el tema que ahora nos ocupa, su texto dice: “*Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por “no convenidas”.*”

Lógicamente, el fundamento de que se las considere como “*no convenidas*” está en la posición de superioridad del productor, que le permite –abusando de ella– incluir cláusulas vejatorias o abusivas, en los contratos con consumidores. Son prácticamente inagotables los ejemplos que podrían brindarse al respecto, tomados de los “contratos en formulario” disponibles en cualquier empresa.

Continuando con el tratamiento de las estas cláusulas, el artículo 37 de la Ley expresa: “*En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas*”.

Resulta lógica esta conclusión, cuando ya tenemos dicho que constituye un deber fundamental de ambas partes, el obrar de buena fe y, por tanto, su transgresión debe traer consigo una sanción, que en este caso podrá consistir en la declaración de nulidad de una o más cláusulas del contrato –interpretación *contra proferentem*–, siempre teniendo presente el particular valor que se le otorga en este ámbito al principio de conservación del contrato –de donde deviene la opción por el criterio de la nulidad parcial–, teniendo presente que el fin de éstos es la satisfacción de necesidades o deseos, tan instalada en la actual cultura de la economía del bienestar. Está particularmente mal vista la frustración de estos contratos y con ellos, de las expectativas generadas a las partes.

“En todo caso, en esa decisión de política legislativa, está pesando la consideración de que el consumidor –en sus contratos con el profesional–

tiene y ejerce su libertad contractual en tanto que libertad de conclusión; no tiene, en cambio, libertad contractual –o la tiene disminuida– en tanto que libertad normativa; la norma contractual, el contenido material de la “*lex contractus*”, concretado en las cláusulas del contrato a que se adhiere el consumidor es obra sólo de profesional, que impone sus condiciones al consumidor”<sup>502</sup>.

Resulta categórica la sanción que establece la Ley argentina, ante la detección de una cláusula abusiva, el consumidor puede pedir su declaración de nulidad –sin posibilidad de ninguna valoración por parte del juez–, quedando subsistente el contrato sin ella –de resultar posible– o integrándolo, a efectos de devolverle su operatividad, pero en condiciones de equidad.

Tal vez podría plantearse –por diferencias terminológicas– que, entonces, la cláusula resulta ineficaz. Respecto de ello, caben algunas aclaraciones.

En primer término, diremos que el contrato, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura<sup>503</sup> y el de eficacia. En tal sentido, la validez responde al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley; sin embargo, la eficacia, se refiere a la posibilidad de producir efectos que tiene el contrato en cuestión.

Así, trayendo a colación la ley española, se ha sostenido que el carácter de la ineficacia por ella declarada, “se trata de un supuesto de nulidad absoluta, radical o de pleno derecho. Si convenimos en que la ineficacia de la cláusula abusiva es un supuesto de nulidad parcial de pleno derecho, ello significa que el juzgador se limita a “declarar” su ineficacia, que se daba *ab*

---

<sup>502</sup> GARCÍA AMIGO, Manuel. Ob. Cit., pág. 15.

<sup>503</sup> “Así se sostiene que “la estructura negocial está conformada por el complejo de las relaciones entre los elementos y los requisitos, la cual está conceptualizada en una situación estática. Por lo demás, este aspecto negocial es parte de un proceso jurídico unitario en donde existe una estrecha relación y unión sucesiva” (MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. Revista del Foro, año LXXXVI, n° 1, 1998, pág. 43. Citado por Espinoza Espinoza, Juan. Ob. Cit., pág. 281, cita 155.

*origine*; y si esa nulidad afectaba a un elemento esencial del contrato, también éste, consecuentemente, era nulo *ab origine*”<sup>504</sup>.

Esta es la misma característica que presenta la legislación argentina, en cuanto a la sanción que pregona: la nulidad parcial, de la cláusula –toda vez que el contrato pueda subsistir sin aquella–, aunque deba recurrirse a la posterior integración, a los efectos de restablecer el equilibrio del sinalagma y otorgarle funcionalidad al contrato.

---

<sup>504</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. Ob. Cit., pág. 324.

## **XII. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA ABUSIVA**

---

El régimen sancionatorio de las cláusulas abusivas, previsto en la legislación argentina –como ya se ha mencionado– es el de la nulidad, de pleno derecho, sin posibilidades de valoración de las circunstancias del caso concreto, por parte del juez –salvo que se demostrara que la cláusula cuya nulidad se pretende constituye una cláusula particular, por haber sido negociada–. Idéntico abordaje concede a este tema el derecho paraguayo<sup>505</sup>, “... la nulidad de pleno derecho implica que el acto será inválido, sin que la parte afectada pueda optar, si así le conviene, por mantener la eficacia del acto con modificaciones o reajustes”<sup>506</sup>.

Parte de la doctrina estima que esta solución –la nulidad de pleno derecho– resulta contradictoria a los intereses del consumidor, puesto que, quizás resultaría más acorde establecer una posibilidad alternativa de ofrecimiento, por parte del proveedor, de un ajuste de las prestaciones, a fin de alcanzar el equilibrio contractual –tal lo previsto en el derecho argentino para la excesiva onerosidad sobreviniente, en el artículo 1.198–, puesto que se sostiene que lo contrario llevaría al consumidor a no reclamar, con el objeto de no ver frustradas sus expectativas.

Consideramos que, teniendo presente que la nulidad que establece la ley es de carácter parcial, así como las facultades morigeradoras que se otorgan al juez, y la posibilidad que este dispone, de integrar el contrato, resulta adecuada la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, teniendo presente que forma parte de la función moralizadora del Derecho, que debe poner de manifiesto el repudio y sanción a las actitudes claramente ilícitas y contrarias a la buena fe y las buenas costumbres.

---

<sup>505</sup> En este sentido, se ha dicho: “Por regla general, en el derecho paraguayo cuando un acto contraviene la ley –y lo hace también, está visto, cuando resulta inmoral– se impone la nulidad, que como tal debe ser declarada de oficio por el magistrado, es imprescriptible y no admite confirmación”. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Ob. Cit., pág. 75.

<sup>506</sup> Ídem, pág. 75.

Obviamente que, en caso que el contrato no pueda subsistir sin las cláusulas que han sido declaradas como abusivas, corresponderá decretar la nulidad del contrato. Ahora bien, destacamos –una vez más– que esta deberá ser la última solución deseable, puesto que contaría los intereses del consumidor. Lo contrario llevaría al proveedor a establecer cláusulas que traigan consigo el decaimiento de todo el contrato, para suprimir los reclamos, so color de su permanencia.

“Se ha señalado incluso la posibilidad de que el empresario predisponga el clausulado contractual de modo que, suprimidas las cláusulas abusivas, las que queden determinen la situación no equitativa de que habla el precepto, de manera que se provoque necesariamente la nulidad total y el adherente se vea obligado a elegir entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o su invocación, o bien soportar la ineficacia total del contrato, con la secuela de la pérdida del bien o servicio que necesitaba (Clavería)”<sup>507</sup>.

Ahora bien, dada la trascendencia de la consecuencia que se deriva del control de contenido –nulidad de la cláusula considerada abusiva–, lo más aconsejable es establecer un procedimiento abreviado de acceso a la justicia que preserve una eficaz protección del consumidor que se ve perjudicado por la inclusión de contenido abusivo en el contrato que celebró de buena fe.

Así lo prevé la Ley 24.240 al establecer en su art. 53: “*se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente*”.

A su vez, la norma otorga una legitimación amplia para accionar al respecto, no sólo al particular afectado sino también a la autoridad de aplicación y al Ministerio Público, así como a las asociaciones de consumidores, tornando la tutela de naturaleza colectiva<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> CLEMENTE MEORO, Mario. Ob. Cit., pág. 319.

<sup>508</sup> Ley 24.240, artículo 52: “*Acciones Judiciales: Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o*

Yendo directamente al contenido del artículo 37 de la Ley, que regula las atribuciones del juez, como asimismo la configuración de las situaciones que traducen abusividad, diremos que ha encontrado aplicación en la jurisprudencia argentina –aunque es de destacar que no toda la que creemos recomendable–, que ejemplificamos a través de distintos fallos que dejan en claro el distinto tenor de las situaciones que se presentan en la práctica.

“En los contratos de formulario, las cláusulas que prorrogan la jurisdicción pueden ser consideradas como restrictivas o de renuncia de los derechos del consumidor, razón por la cual, en virtud del art. 37, inciso 2 de la Ley 24.240 (Adla, L III-D, 4125), deben tenerse por no escritas”<sup>509</sup>.

“La cláusula de prórroga de jurisdicción inserta en los contratos de adhesión en virtud de la cual el consumidor o usuario se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente renunciando al propio fuero viola la defensa en juicio, toda vez que es sabido lo costoso que resulta litigar fuera del lugar de su propio domicilio, y convierte en abusiva la cláusula predispuesta, la que debe declararse nula”<sup>510</sup>.

“Por lo tanto, en los contratos de formulario, las cláusulas que prorrogan la jurisdicción pueden ser consideradas, dadas ciertas circunstancias, como restrictivas o de renuncia a los derechos del consumidor, ya que importan una renuncia de derechos por parte de éste y por lo tanto deben tenerse por no escritas. (...), con lo cual, esas cláusulas se convierten en una re-

---

*amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de ley. ... [Última parte del párrafo vetada por el Decreto 2.089/93] En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público”.*

<sup>509</sup> C1 a CC Mar del Plata, Sala I, abril 1, 1997.- González, María E. c. Persa S.A., La Ley, 1998-B, 170.

<sup>510</sup> CCC Mar del Plata, Sala II, noviembre 20, 1997. Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre. LLBA, 1998- 511.

nuncia anticipada al derecho a la jurisdicción que la ley no está dispuesta a tolerar”<sup>511</sup>.

Asimismo, en otros supuestos se ha admitido la nulidad de las cláusulas expresamente consagradas con carácter específico, tales como las que postulan la irresponsabilidad del predisponente, por ejemplo, de los bancos en los contratos de cajas de seguridad<sup>512</sup>.

Estamos en condiciones de sostener que: “La Ley 24.240 debe transformarse en una plataforma estructural del Derecho Privado, desde la cual el juez pueda extrapolar los lineamientos protectorios hacia todas las cuestiones controvertidas en las que pudiera aparecer la figura del consumidor. A la vez, sus prescripciones deben considerarse formando la línea de garantías mínimas por debajo de la cual no sea admisible la interpretación y aplicación de norma alguna que no las contengan”<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> Fallo del 26-10-99 Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Resistencia - Chaco, en autos “Amado, Carlos José y Gómez, Nancy Edhit c/ Icatu S.A. Comp. Esturión de Montoya s/ Nulidad de acto jurídico”. Confirmado en alzada por sentencia del 05-07-00 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala Segunda, de Resistencia. Chaco. Argentina.

<sup>512</sup> No es ocioso recordar que en el régimen actual, el derecho de los clientes del banco en situaciones similares, que se rige por la Ley 24.240, se encuentra claramente tutelado (artículos 1 inc. b), 2, 3, 37 y 38), siendo inaceptable la aplicación de cláusulas que “*desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños*” (artículo 37, inc. a). CN Fed. Civ y Com. Sala I, 13/4/99 “F. c. Banco Galicia”.

<sup>513</sup> GLIBOTA LANDRIEL, Verónica M. L. 2001. “Defensa del Consumidor: Violación al deber de información de los Bancos”. Revista Hágase Saber N° 9, Año IV, agosto de 2001. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Resistencia. Chaco. Argentina.

### **XIII. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO**

---

El paso siguiente a la declaración de nulidad de una o más cláusulas de un contrato de consumo es el de su integración, cuando fuese necesario.

Puede presentarse el caso en que la eliminación de una o más cláusulas en nada altere a las demás previsiones contractuales –como podría ser el caso en que por la cláusula desechada el consumidor se hubiere comprometido a suscribir otro contrato–; sin embargo, existen muchos casos en que el contenido deberá ser integrado, a efectos de garantizar la “funcionalidad” del negocio.

Ante esta situación, ¿qué pautas debe seguir el magistrado, para realizar dicha integración?

Se ha dicho que “lo que debe guiar al juez es el mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida. La doctrina está conteste en que este elemento en el negocio no es un asunto irrelevante. Aunque hay diferencias en cuanto a la caracterización de este elemento, lo cierto y concreto es que el ordenamiento tiende a su protección. En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración y con ello que el consumidor no obtenga al bien. La finalidad defensiva de la ley se aprecia claramente en este tema al desarrollarse una serie de instrumentos que permiten la obtención del propósito práctico que guió al consumidor hacia la contratación”<sup>514</sup>. “Se debe estar a favor de los efectos del contrato, de donde “las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero” (artículo 218, inc. 3º, Código de Comercio.; concordante, artículo 712, Código Civil Paraguayo de 1987)”<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, 1996. “Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5, pág. 171. Santa Fe. Argentina.

<sup>515</sup> ALTERINI, Atilio Anfbal, 1998. *Contratos*. Ob. Cit., pág. 416.

Más allá de esta directiva que sostiene la necesidad de buscar la manera en que el contrato no se frustre, el juez debe disponer de parámetros con los cuales realizar la mentada “integración”.

En este sentido, surgen diferentes opciones: la integración legal, con base en el derecho dispositivo, y la “creativa” u obra del juzgador<sup>516</sup>.

“La cuestión que ahora examinamos, qué debe hacer un juez luego de declarar la nulidad de una cláusula, no es un tema ligero o baladí. Hemos afirmado que en ese debate se encuentra uno de los ejes de la discusión en orden a la labor judicial. El retroceso del Derecho del Estado, unido a un fuerte descreimiento sobre el quehacer judicial, a una especie de “fundamentalismo” sobre la “economía de mercado” y su influencia en la regulación de los negocios, tiene su eco o resonancia en punto a la posibilidad de que un juez complete o integre un contrato que, previamente, ha “descompuesto” por aplicación del orden imperativo. La “lógica del mercado” ve en esto un escándalo, viola la consigna del “dejar hacer”, importa una vuelta al “intervencionismo”, se afirma; desconoce el “orden espontáneo, los procesos de desregulación, privatización y flexibilidad”. ¿Quién es un juez y qué sabe, como para emprender semejante labor de “especialista” en el mercado?”<sup>517</sup>.

Ante tales cuestionamientos, debe el juez poner especial cuidado en esta tarea que, efectivamente, altera el ejercicio de la autonomía de la voluntad –al menos de una de las partes, el predisponente–.

Evidentemente, los defensores del individualismo y de la economía de mercado defienden los criterios decimonónicos de inalterabilidad de los pactos; sin embargo en el estado actual que pone de manifiesto las tremendas asimetrías sociales, culturales, económicas y, lógicamente, contractuales, resulta necesaria la intervención tuitiva, a fin de permitir la protección

---

<sup>516</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1998. “El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas”. Revista La Ley del 17/2/98, pág. 1.

<sup>517</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 36.

del consumidor, mediante la eliminación de las cláusulas vejatorias y la consecuente integración, que posibilite el cumplimiento del fin del contrato.

Ahora bien, esta posibilidad de revisión e integración del contrato – que produce la pretendida “inestabilidad de las relaciones jurídicas y económicas”– ha sido incorporada al Derecho argentino en ocasión de la reforma introducida al Código Civil, mediante Ley 17.711, de 1968. En aquel caso, referido expresamente a su posibilidad ante la “excesiva onerosidad sobreviniente”, incorporando el instituto de la teoría de la imprevisión. Obviamente, en aquel momento esta innovación generó ríos de tinta en la doctrina argentina, discutiendo a favor y en contra de su inclusión. El tiempo, que es un sabio consejero, demostró la utilidad del instituto, principalmente ante las lamentablemente reiteradas “crisis o emergencias económicas”, que han puesto al borde del abismo la capacidad del Derecho para responder adecuadamente a estos cimbronazos. En esos casos, tuvo destacada actuación el Poder Judicial para resolver, a veces en forma creativa e innovativa, las diversas problemáticas que se presentaran, restableciendo el equilibrio contractual perdido.

Entonces, luego de haber basado su mirada en las “normas prohibitivas”, que han determinado la declaración de nulidad de una o más cláusulas contractuales, ante la necesidad de integrar el contrato; en primer término, el juez deberá analizar si es factible hacerlo mediante una lectura sistémica e integradora, es decir recurriendo a la “autonomía de la voluntad de las mismas partes”, que establecieron un contexto –el contenido de todo el contrato– de donde tal vez pueda inferirse cuál fue su intención respecto del tema en cuestión.

Si esto no fuere posible, deberá el juez recurrir a las normas supletorias, correspondientes al tipo contractual de que se trate –en el caso de contratos nominados– o a los de tipos que puedan ser aplicados por analogía – en el de los innominados– y, a partir de allí a fin de determinar la integración buscada. Si a pesar de ello, eso no resulta aplicable, deberá remitirse a los “principios generales del Derecho”, principalmente a la “buena fe”, co-

mo paradigma de conducta para cualquier sujeto que intervenga en una relación contractual.

Existe parte de la doctrina que sostiene que la única dirección en que puede actuar el juez es en el de “reducir” las cláusulas lesivas que se detecten. “Y precisamente, un ámbito en el cual la aplicación de la técnica ha sido seriamente cuestionada es el de la contratación sobre la base de cláusulas abusivas, incorporadas a través de condiciones generales predispuestas. Justamente porque no cualquier condición general es susceptible de reducción, más aún, la mayoría de ellas no son susceptibles de técnica semejante. Pensemos en las cláusulas c y b, del artículo 37 de la ley 24.240: ¿cómo reducir las “desnaturalizaciones” de las obligaciones o las limitaciones de responsabilidad?; ¿cómo las renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor? Más que reducir, como consecuencia de la nulidad, parece procedente “dejar de lado”, excluir u omitir cláusulas semejantes. O bien sustituirlas”<sup>518</sup>, que es la solución que propone la Ley 24.240”<sup>519</sup>.

Como ya mencionáramos, en primer término, deberá recurrirse al “todo” del mismo contrato, a efectos de encontrar allí mismo la guía para realizar la integración. Si ello no es posible, remitirse a las normas correspondientes al contrato –típico o aplicable por analogía–, que forman parte del derecho dispositivo –supletorio– y que, al haber resultado nula, por abusiva la cláusula –que nominalmente expresaba la voluntad en contrario – resulta plenamente válido en su aplicación, puesto que, justamente, está previsto para el caso que no hubiese acuerdo que lo descartara y, en este caso, hubo, pero desapareció “*ad nuttum*”. Estas normas tienen el carácter de supletorias, y como tal deben ser aplicadas.

“El Derecho dispositivo es un deber ser; un modelo que el legislador considera razonable y suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. No es obligatorio, pero es razonable o se supone que debe serlo”<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> Ídem, pág. 39.

<sup>519</sup> Ver artículo 37, in fine de la Ley 24.240.

<sup>520</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*. Ob. Cit., pág. 246.

Cabe aclarar que las normas de derecho dispositivo, en este caso particular, se tornan un derecho semi-imperativo, teniendo presente su aplicabilidad para el caso de declaración de nulidad de alguna cláusula. Resulta una buena opción, teniendo presente las particulares asimetrías en el poder de negociación, de donde surge que no ha existido “voluntad común”, por lo que, eliminada la pretensión abusiva, deberá entenderse que nadie se ha pronunciado al respecto.

En el caso que esta normativa supletoria no sea suficiente, el juez deberá integrar el contrato conforme a lo que disponen los Principios generales del Derecho.

Pasando, ahora, a la consideración del tratamiento de este tema en la Ley de Defensa del Consumidor argentina, y recordando el texto ya expuesto de su artículo 37, última parte, surge claramente que prevé, directamente, la “nulidad” de la cláusula, es decir que no admite posibilidad de convalidación, cuando expresa: “*Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas*” y en el último párrafo dice: “*Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario*”. De esta lectura se desprende que la Ley 24.240 ha optado por la nulidad, de carácter parcial, toda vez que ello resulte posible.

#### **XIV. CONVENIENCIA DE LA ELABORACIÓN DE UN CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

---

Traemos nuevamente a colación, las previsiones del artículo 37 de la Ley 24.240, de cuya lectura se desprende que, adoptando un criterio amplio, incluye sólo tres incisos, descriptivos de las cláusulas que considera abusivas; así:

- 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.*

Estos supuestos contemplados en la Ley resultan generales en su redacción, a diferencia del criterio sustentado por otros cuerpos legislativos, tales como el Código del Consumidor brasileño<sup>521</sup>, la Ley de Protección del Consumidor y el Usuario paraguayos<sup>522</sup>, la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo<sup>523</sup>, o la Directiva de la Comunidad Económica Europea 13/93, que prefieren una mayor precisión al enumerarlos.

Podría destacarse que el artículo en comentario contiene, en rigor de verdad, sólo parte del inciso a): “*las cláusulas que desnaturalicen obligaciones*”; y el inciso b) “*las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte*” que responden a la tipología del sistema de cláusulas abiertas, que importa la ventaja representada por el hecho de que en ellas puede subsumirse casi cualquier situación que se considere lesiva para el consumidor.

Ahora bien, como contrapartida, toda la actividad tendiente a su caracterización, inclusión y posterior aplicación de la sanción correspondiente

---

<sup>521</sup> Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículos 51 y 53.

<sup>522</sup> Ley de Protección del Consumidor y del Usuario paraguayos, artículo 28.

<sup>523</sup> Ley de Protección del Consumidor uruguayo, artículo 31.

queda exclusivamente librada a la actividad y arbitrio jurisdiccional, con el consecuente riesgo de la aplicación de diversos criterios al respecto.

Tanto la segunda parte de su inciso a) “*las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños*”, cuanto el inciso c) “*las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor*”, establecen supuestos especiales de cláusulas abusivas.

En el caso de los otros tres países integrantes del MERCOSUR, todos incluyen cláusulas amplias, pero agregan listas, de distinto alcance, cosa que no ha hecho la ley 24.240, salvo que se considere que tuvo la intención de establecer una limitada a los dos supuestos ya anotados –intención que consideramos como poco probable–.

En definitiva, “en el microsistema de las relaciones de consumo podemos distinguir: 1) Los standards o principios de la buena fe (artículo 37, inc. C) y de la equidad o justicia contractual, en concreto, del decreto reglamentario. 2) Las cláusulas abiertas o generales, que contienen también prohibiciones genéricas, como las que vedan la “desnaturalización de las obligaciones” o la “renuncia o restricción de los derechos”; y 3) Las cláusulas precisas o concretas, como son las atinentes a “limitación de la responsabilidad por daños” o las que “inviertan la carga de la prueba””<sup>524</sup>.

Analizaremos, ahora, brevemente, cada parte de las previsiones realizadas por el artículo 37 de la Ley 24.240, respecto del establecimiento del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Así:

1) *Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.*

Comenzaremos por aquellas que “*desnaturalicen las obligaciones*”. ¿A qué se refiere la Ley cuando utiliza el término “*desnaturalizar*”? Se ha opinado que “el término tiene un sesgo aristotélico un poco desusado en la ciencia actual, ya que la “naturaleza” de las cosas es bastante inasible. De

---

<sup>524</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 28.

todos modos el sentido es el que se deriva de la “*communis opinio*”, y supone que hay algo “natural” que se deforma en el caso; lo “natural” es usado en sentido de “normal” y, concretamente se hace referencia al modelo que patentiza el derecho dispositivo”<sup>525</sup>.

En el caso de los contratos de consumo, lo “natural” o “normal” sería aquello que resulte del reflejo del derecho dispositivo, que es aquel que el “sistema jurídico” ha considerado en tal carácter y que, en caso de nulidad de una cláusula, será tomado en cuenta a los efectos de la integración del contrato.

Pasando ahora a considerar a las cláusulas que “*limiten la responsabilidad por daños*”, no ameritan mayor comentario puesto que resulta de toda obviedad que cualquier tipo de limitación de responsabilidad por daños resultará inequitativa y dañosa para la otra parte. Constituye un modo subrepticio de trasladar los riesgos propios de la actividad empresarial, a la “parte débil” del contrato.

En este caso resulta interesante destacar que es el proveedor quien está en mejores condiciones de prevenir el daño, atento su carácter de experto, y también quien recibe los beneficios de la actividad que lleva a cabo. Entonces resulta intrínsecamente injusto pretender transferir sus pérdidas.

Resulta patente que son miles las argucias a que recurren los proveedores para intentar deslizar estas cláusulas dentro del texto predispuesto, de la manera más disimulada y engañosa; es por ello menester poner especial cuidado en su detección y anulación, aplicando los principios generales del derecho de daños –hoy centrado en el interés de la víctima–.

2) *Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.*

Este inciso se explica por sí solo, en cuanto la alteración de los cánones de distribución de derechos y obligaciones entre las partes debe responder a un criterio de equidad, teniendo presentes las particulares circunstan-

---

<sup>525</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*. Ob. Cit., pág. 246.

cias de desigualdades que existen en este tipo de contratación. Igualmente que en el caso de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, se presentan con mil rostros diferentes y, lamentablemente, forman parte de la mayoría de los clausulados generales que existen en el mercado, en Argentina.

Sin embargo, en este caso, la costumbre no puede, bajo ningún punto de vista, resultar generadora de derechos; cuando la costumbre es “*contra legem*” –entendiendo como tal la que contraría el sistema jurídico en sentido amplio–, debe ser ignorada y continuar en la aplicación de las disposiciones legales, que defienden el sentido social del Derecho.

3) *Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*

Esta limitación de carácter procesal resulta particularmente injusta en el caso de los reclamos derivados de relaciones de consumo. Ello es así puesto que es el empresario quien siempre tiene mejores posibilidades de probar, disponiendo del conocimiento y la información sobre todos los aspectos de la cosa o servicio que pone en el mercado; en cambio, el consumidor –que además en este caso es la víctima que intenta reclamar su derecho– está absolutamente disminuido en sus potencialidades probatorias.

Lo lógico es que quien reclama acredite el hecho dañoso, el daño causado, y el nexo causal. Las actuales corrientes doctrinarias y jurisprudenciales sostienen que la carga de la prueba debe ser tomada en sentido dinámico, obligando a ambas partes a actuar cooperativamente, dejando a cargo de quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, el aporte de los elementos de convicción. Deberá aplicarse, también a este tipo de relaciones.

Abandonando el texto de la Ley, y continuando con la caracterización, tal vez merezcan una mención las llamadas “cláusulas sorprendidas”, que podemos definir como aquellas que contrariando el principio de la buena fe y los usos vigentes, incluyen disposiciones insólitas que resultan absolutamente ajenas al objeto del contrato al cual acceden. Resultan de particular peligrosidad, atento que pueden pasar absolutamente inadvertidas, teniendo

en cuenta la absoluta disparidad con el negocio tenido en miras por las partes.

También pueden traerse a colación las denominadas “cláusulas engañosas”, que son aquellas que “por su tamaño, forma de presentación o lugar donde se las ubica queda claro el engaño ante la “maraña tipográfica”, tanto con respecto al contenido real del acto, como en relación a la forma utilizada para disimularlo (maquillaje)”<sup>526</sup>.

Pasando, ahora, al tratamiento de la conveniencia de establecer catálogo de cláusulas abusivas, volcados en “listas negras o grises”, diremos que existen los sistemas más diversos, como ya adelantáramos. En la mayoría de los casos existen “listas negras”, que implican la nulidad de la cualquier cláusula allí mencionada, cuando fuera reproducida en un contrato; y, en algunos, también “listas grises”, que implican la anulabilidad –a criterio del juez– de las cláusulas que se incluyen en éstas. En general, se considera a las listas como de carácter enunciativo, ejemplificativo, a fin de no impedir la inclusión de otros casos no previstos en forma expresa.

Estimamos que el sistema mixto, que combina las previsiones generales, abiertas –que constituyen standards o principios– enunciadas en un artículo, con la existencia de listas –sólo negras o negras y grises– resulta el método más apropiado, en el entendimiento que a través del antedicho mecanismo se asegura un mayor nivel de protección para los consumidores, minimizando la posibilidad de errores en la aplicación de sanciones, basados en disparidad de criterios de apreciación de las cláusulas sometidas a estudio.

Creemos que, en todos los casos que se incluyan, las listas deben ser de carácter enunciativo –*numerus apertus*–, cada cual con el tipo de sanción que se prevea, permitiendo, de ese modo, la incorporación de otras situaciones no previstas, cuando a criterio del juez resulte conveniente. A efectos que este carácter no se torne en un beneplácito para la incorporación de

---

<sup>526</sup> ORDOQUI, Gustavo. 1997. *La defensa del Consumidor en el marco de la Integración Regional*. Editorial Lapsus. Montevideo. Uruguay.

cualquier supuesto, opera como un límite ético, filosófico, axiológico y jurídico el establecimiento de las cláusulas abiertas, generales, de claro carácter principista.

Consideramos más ajustada y operativa esta última opción, atento la precisión en la descripción casuística y la mayor facilidad para su aplicación por el juez, en caso de resultar necesario. Nos referimos, obviamente, al ámbito delimitado para esta investigación, es decir a la alternativa que estimamos más apropiada para la República Argentina, y para este momento particular del desarrollo y expansión de esta disciplina en nuestro país.

Fundamentamos esta posición en la escasa difusión y aplicación que tiene, aún, el Derecho del Consumidor en nuestro medio. Resulta fácil detectar –de la simple lectura de jurisprudencia que resuelve casos de consumo– la escasez de planteos que realicen el enfoque desde la normativa de la Ley 24.240 y sus complementarias; así como de sentencias que fundamenten el fallo en aquella.

Aún podemos observar muchos casos resueltos a través de las disposiciones del Código Civil; de los antiguos –y no por ello fuera de uso– principios generales del Derecho, tales como la buena fe, la doctrina de los propios actos; de figuras de corte moralizador como el abuso del derecho o la lesión; en lugar de aplicar el texto legal específico o los principios propios de esta modalidad contractual, como el “*in dubio pro consumatore*”, o “*contra proferentem*”, de especial pertinencia en el tema que nos ocupa.

Otras sentencias se dictan apelando a disposiciones de raigambre constitucional –como el caso de la prórroga de jurisdicción que se consideró que afectaba el derecho de defensa en juicio (que lógicamente, siempre constituye la última *ratio*)– en lugar de establecer que estaba encuadrada en las disposiciones del artículo 37, inciso b) de la Ley 24.240, ya citado.

En el mismo sentido que la posición que sustentamos, se ha dicho: “No dudamos en adherir a un “sistema mixto”, construido sobre la base de standards o principios y de prohibiciones concretas. Descreemos de la sola vigencia de “listas negras”, abiertas o cerradas, en la medida en que la des-

treza para burlarlas es conocida, aunque pueda luego hablarse de un “fraude a la ley”. (El fraude a la ley se produce cuando, con base en una norma general –como la de la autonomía de la voluntad–, se busca un resultado que no es el prohibido, pero que es sí semejante o muy parecido al vedado. Una interpretación restrictiva posibilita este fraude; una amplia o extensiva lo impide). Cerrar el listado nos parece absurdo, y meramente abrirlo, sin la complementación de pautas generales o principios, no nos parece eficaz. ... Porque equivale a “dar rienda suelta” a la imaginación de los “asesores de empresa”, ciegos al interés general, a la solidaridad y a la buena fe negocial, sólo preocupados por el lucro o las ventajas económicas; prohibida una cláusula se crea o incorpora otra que persigue objetivos parecidos. Confiamos en el rol del juez, en su sagacidad para descubrir las cláusulas abusivas –exageradas, leoninas, aprovechadoras, espinosas, excesivamente onerosas, sorpresivas o subrepticias– pero creemos que no podrá cumplir esa importante tarea si no se le otorgan ejemplos claros –prohibiciones específicas– y herramientas idóneas, como son las “cláusulas abiertas” o los “principios generales”<sup>527</sup>.

Podemos mencionar en aval a nuestra postura, un antecedente cercano, la Resolución Número 26, del 13 de agosto de 2003, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación, a través de la cual se especifica un conjunto de cláusulas que son consideradas abusivas. Esto pone de manifiesto que se ha considerado conveniente incorporar una lista de cláusulas, a manera ejemplificativa, como medio de facilitación de la tarea del intérprete.

Todo lo expuesto avala la convicción acerca de la conveniencia de la incorporación de un catálogo de cláusulas que sean consideradas abusivas por la Ley. Proponemos que revista el carácter de “lista negra” –de nulidad absoluta, sin valoración–; que la declaración de nulidad sea parcial –referida sólo a la o las cláusulas lesivas–, y que, para el caso de ser necesario, el juez

---

<sup>527</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. Ob. Cit., pág. 29.

integre el contrato, conforme el orden que expusiéramos en este mismo texto, siempre dentro del marco axiológico de los Principios Generales del Derecho.

Para que esto sea posible, resultará necesario, también, reformar el texto del artículo 37 de la Ley 24.240, en lo que refiere a los incisos que definen la calidad de abusivas de las cláusulas, con el objeto de determinar, real y únicamente, supuestos de carácter general, enviando los particulares al catálogo antes mencionado, en caso de corresponder.

## **XV. PROPUESTA DE MEDIDAS PREVENTIVAS PARA EVITAR LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

---

Las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en el ámbito de la República Argentina están previstas en el texto de su actual normativa. Tal vez sólo sea conveniente recordarlas, con el fin de llamar la atención acerca de su implementación o la mejora de la que ya existe.

Así, podemos referirnos:

a. Al “Control administrativo previo”, que ya desarrolláramos, y que estimamos puede ser profundizado y perfeccionado en su aplicación. Obviamente, resulta una cuestión de política económica y jurídica la decisión de fortalecer estos ámbitos de control, atento las derivaciones que ello puede traer consigo.

El ejercicio real y efectivo de esta supervisión podría generar malestar en aquellos empresarios que “calculan sus costos y beneficios” descontando la aplicación de cláusulas vejatorias. Ahora bien, estos empresarios perjudican, más allá del consumidor, a sus colegas, respecto de quienes ejercen una competencia desleal. Es decir que la conducta resulta disvaliosa desde distintos puntos de vista –tal vez hasta del fiscal–, razón por la cual la decisión de combatirla podría formar parte perfectamente de casi cualquier “plan político”. Resulta parte de la necesidad acuciante de moralización de las instituciones y actividades que vive nuestro país y la mayoría de los de América Latina.

b. Otra de las acciones propuestas está relacionada con la intensa “difusión de los derechos del consumidor”, puesto que ello podrá permitir su conocimiento y posterior reclamo y aplicación, generando un respeto impuesto desde el mismo destinatario de aquellos. En tal sentido, proponemos la necesidad de implementación de amplias campañas de difusión, mediante las más diversas herramientas, sumando a los medios de comunicación masiva, con tanta llegada a los “ciudadanos comunes”.

Creemos necesaria la implementación de campañas de concientización acerca de los Derechos del Consumidor, a través de la implementación de lo

expresamente indicado en el artículo 42 de la Constitución Nacional y 60 de la Ley 24.240, que lo ponen a cargo del Estado, puesto que ello permitiría al sujeto pasivo la detección de dichas condiciones lesivas y su consecuente reclamo.

Vemos conveniente perseguir la consecución de los fines propuestos en el artículo 61 de la Ley de Defensa del Consumidor, en la educación que se brinde al consumidor por parte del Estado.

Consideramos que instituciones de carácter público, como las escuelas en todos los niveles, las universidades; así como organizaciones no gubernamentales, más allá de lo expresamente dispuesto por el Estado Nacional, Provincial o Municipal, deben contribuir en esta difusión y en la formación del ciudadano en un tema tan sensible como el de la defensa de estos derechos que consideramos esenciales, que son los atinentes a la contratación, desde la posición de quién se encuentra en inferioridad de condiciones para negociar, exigir y reclamar.

Estimamos beneficioso promover, también, desde los ámbitos de educación formal y no formal, la responsabilidad de los ciudadanos-consumidores, a efectos que el aspecto protectorio de éste no mute en una desprotección o discriminación negativa en perjuicio de los productores, respetando el equilibrio en el sinalagma.

c. Dentro de la misma línea, se encuadra la implementación del mandato constitucional –repetido en la Ley 24.240–, de brindar educación al consumidor, a cargo –principalmente– del Estado.

Este aspecto va más allá de la simple información, importa “formación”, capacitación, para constituir ciudadanos-consumidores que actúen con responsabilidad como tales –desechando la postura del “cuasi-incapaz”–. Ello no obviará su debilidad, pero la atenuará, de modo de permitir el real ejercicio de sus derechos y obligaciones.

d. Resulta imprescindible la agilización y fortalecimiento de la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho de Consumo, a efectos de posibilitar la generalización de los

reclamos y su pronta solución. En este ámbito, resultaría interesante la implementación efectiva de un Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, con extensión a todo el país y, aún, por delegación a las Municipalidades, como un modo de acercar el acceso a la solución de disputas, al consumidor, en una aplicación del principio de “igualdad ante la ley”, que realmente importa una igualdad en el acceso a su posibilidad de aplicación.

e. El fomento a la creación de Asociaciones de Consumidores, legalmente constituidas, constituye una deuda pendiente para el Estado y para la población misma. Mediante la educación que se brinde al consumidor, éste tomará conciencia de la importancia de asociarse, para defender sus derechos, y del poder tremendo que le otorga actuar “en bloque”, permitiéndole “torcer” las voluntades lesivas de los Empresarios inescrupulosos.

La auto gestión de sus reclamos y la posibilidad de negociación y composición que otorga la institucionalidad de una Asociación de Consumidores trae, como beneficio agregado, la posibilidad de iniciación de “acciones de clase”, que producen una notoria economía procesal y material.

f. Otro aspecto a tener en cuenta es el de los gastos que implica cualquier reclamo que pretende realizar el consumidor; es por ello que el establecimiento de la gratuidad inicial de las actuaciones ante la justicia, en esta materia, resultaría un elemento más para permitir el definitivo arraigo de este particular Estatuto y de sus principios tuitivos. Evidentemente, esta gratuidad se convertirá en definitiva, en caso de prosperar el reclamo del consumidor. Ahora bien, para el caso de reclamos infundados, éste deberá ser condenado por su actuar malicioso.

En tal sentido, el proyecto de Ley presentado por los diputados Stella Maris Córdoba y otros, ya referido, en su artículo 20 propone la sustitución del artículo 53 de la Ley 24.240, incluyendo el párrafo que dice: “... *Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. En todos los casos los*

*jueces, al imponer costas, lo harán evaluando la proporcionalidad del monto del juicio y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes*". En el artículo 22 plantea la sustitución del artículo 55 de la Ley, incorporando el siguiente texto: "*... Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita y están exentas del procedimiento de mediación previa obligatoria, así como de otros gastos o trámites previos a la promoción de aquéllas*".

Consideramos, por tanto, que la imposición del carácter gratuito –al menos en su estadio inicial– del acceso del consumidor a la solución de sus conflictos, puede resultar coadyuvante par a la efectiva vigencia de estos derechos.

g. También sugerimos la profundización de las investigaciones sobre el tema, desde distintos ámbitos –educativos, del sistema de ciencia y técnica, del empresario, de las asociaciones de consumidores–, con el objeto de esclarecer la problemática con más precisión y proponer soluciones viables.

En este sentido, quizá resulte conveniente la particularización por sectores o actividades, priorizándose aquellas en que se vislumbren más inconvenientes. "La doctrina argentina ha comprendido, luego de unos años de exposición generalizada sobre "cláusulas abusivas", que el análisis adquiere particular importancia y utilidad si se lo concretiza a través de áreas de la contratación. Y es así como, en los últimos años, han aparecido investigaciones sobre "cláusulas abusivas" en el ámbito de los negocios bancarios, de la medicina prepaga, de los contratos de ahorro con fines determinados, de las vacaciones combinadas, de las tarjetas de crédito, del tiempo compartido, del transporte multimodal y otros. Ocurre que cada negocio tiene sus especificidades y sus posibilidades de abuso o aprovechamiento"<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> Ídem, pág. 40.

Como es fácil observar, los medios están previstos y dispuestos; sólo falta la decisión de “tomar el toro por las astas”, poner al Estado al servicio de la implementación de estas medidas preventivas, y sumar las voluntades de los interesados, en “hacerse cargo” de la porción que les compete, como ciudadanos responsables, solidarios y participativos.

**XVI. PROPUESTA DE MEDIDAS CORRECTIVAS PARA APLICAR EN CASOS EN QUE SE DETECTE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

---

Como medidas correctivas para aplicar en casos en que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en la República Argentina, proponemos la profundización de las medidas que ya se encuentran vigentes; como la aplicación de sanciones administrativas, a cargo del órgano de aplicación; o del control de contenido, ya previsto en la Ley 24.240, adicionando las sugerencias que se realizan en el curso del presente estudio.

En lo que refiere a la aplicación de sanciones administrativas, sugerimos se establezca una política de firme control por parte de la autoridad de aplicación, en dos órdenes: con carácter previo, como ya señalamos, y con espíritu sancionatorio, al aplicarse ejemplificadoras medidas a aquellos empresarios que, abusando de su posición dominante, incluyan cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, perjudicando seriamente al orden jurídico-económico preestablecido.

En otro ámbito, sería conveniente recomendar a los jueces la profundización de la aplicación de las disposiciones de la Ley que determinan la nulidad para las cláusulas abusivas. Cabe destacar que esta nulidad es de pleno derecho y, por tanto, trae consigo la posibilidad de su declaración de oficio, sin sustanciación alguna –al menos en aquellos casos en que la transgresión resulte flagrante– actuando el juez como custodio del “orden público económico”.

Resulta necesario el compromiso de los jueces en esta defensa, como un engranaje de lo que consideramos un sistema más justo y equitativo para toda la comunidad. Recordemos que las mayores inequidades, en la aplicación de cláusulas abusivas, se presentan en los casos en que el consumidor resulta más vulnerable, más necesitado y, por tanto, más débil. Es misión del Poder Judicial contribuir, con el rigor en la aplicación de las leyes, en el logro de la justicia y la paz social.

El fortalecimiento de medios alternativos de resolución de conflicto resulta de vital importancia para la efectiva vigencia de estos derechos, aten-

to su fácil acceso, la prontitud de sus soluciones, y la posible gratuidad de las actuaciones ante dicho ámbito. Igualmente, el estudio del desarrollo efectivo de un Sistema Nacional Arbitral de Consumo, que consideramos sería positivo, excede con creces la temática delimitada para el abordaje de este estudio. De cualquier modo, resulta de sumo interés para otra investigación.

Como medida innovadora, se propone la creación, en el ámbito de la autoridad de aplicación, de un “Registro de proveedores sancionados por la inclusión de cláusulas abusivas en sus condiciones generales de la contratación”, tanto en el ámbito administrativo como judicial, debiendo implementarse reglamentariamente: a) en qué supuestos corresponderá la inscripción y en cuáles la inclusión en la lista de publicación masiva; b) las normas para su funcionamiento y c) establecer los mecanismos de comunicación con los Poderes Judiciales con competencia en el ámbito del consumo, en todo el territorio de la Nación.

Este registro será de consulta pública y gratuita para los consumidores, los proveedores y las asociaciones que los agrupen.

Será función de este registro, más allá de la simple inscripción de los sancionados, y conforme la reglamentación que oportunamente se dicte, la publicación de una nómina de los proveedores que hayan sido objeto de dicha sanción.

## **XVII. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY 24.240**

Como ya manifestáramos, el artículo 37 de la Ley 24.240 adolece de alguna “desprolijidad legislativa”, que proponemos enmendar mediante una reforma a su texto, únicamente en el párrafo correspondiente a la enumeración que determinan la condición de lesiva de una cláusula.

Consideramos que las hipótesis propuestas abarcan con mayor amplitud, pero a la vez precisión, los distintos “continentes” en que podrán subsumirse los supuestos concretos que se presenten, y excedan el catálogo de cláusulas, que se propone en el capítulo siguiente, con carácter de “lista negra”.

El texto propuesto para la primera parte del artículo 37 de la Ley 24.240, es el siguiente:

*“Interpretación: Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que:*

- 1.- Amplíen los derechos del productor o limiten los que correspondan al consumidor.*
- 2.- Restrinjan obligaciones del productor.*
- 3.- Impidan o limiten el derecho de defensa del consumidor.*
- 4.- Contradigan el plexo normativo vigente en la materia.*

Consideramos que en estos enunciados se encuentra previsto un amplio espectro de situaciones que tornan abusiva una cláusula contractual y que puede ser utilizado como parámetro para la estimación de tal carácter, ante cada caso particular sometido a estudio.

## **XVIII. CATÁLOGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS PROPUESTO PARA SU INCLUSIÓN EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ARGENTINA**

---

Se ha elaborado un catálogo de cláusulas abusivas, que se propone incorporar a la Ley 24.240, en carácter de “lista negra”. Sus fundamentos ya han sido expuestos, por lo que en el presente capítulo nos limitaremos a presentar el texto propuesto.

Artículo 37 bis:

*“A los efectos de esta Ley, se considerarán abusivas las cláusulas que:*

1. *Permitan la falta de correspondencia entre las prestaciones a efectuar y las indicaciones, especificaciones o muestras realizadas o exhibidas durante la contratación o la publicidad que se hiciere del producto o servicio objeto de la prestación debida.*

2. *Resulten de carácter sorpresivo.*

3. *Concedan al proveedor la facultad de obrar en nombre o sustitución del consumidor.*

4. *Certifiquen conocimientos de las partes relativos al contrato, sea en aspectos jurídicos, sea en cuestiones materiales*

5. *Autoricen al proveedor a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa, en forma fehaciente, al consumidor, con antelación razonable.*

6. *Permitan al proveedor fijar o alterar unilateralmente el tiempo de vigencia o la fecha de cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.*

7. *Establezcan la posibilidad de rescisión unilateral incausada a favor del proveedor, sin conceder un derecho correlativo para el consumidor.*

8. *Faculten al proveedor a establecer unilateralmente incrementos de precios o alteraciones en las condiciones o importes de las obligaciones a cargo del consumidor, sin necesidad de aceptación por parte de éste.*

9. *Permitan al proveedor establecer o modificar unilateralmente el contenido de las prestaciones debidas tanto por su parte como por el consumidor.*

10. *Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor, mientras que a la voluntad del consumidor se la considere irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo autorización legal expresa.*

11. *Determinen que cuando el consumidor se encuentre en mora, el proveedor pueda compensar haciendo uso de sumas de dinero que tenga en su poder como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, salvo que ésta se encuentre autorizada por norma legal expresa, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.*

12. *Condicionen el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.*

13. *Establezcan a favor del proveedor la facultad de estipular el precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado. Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sea legal y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.*

14. *Manifiesten la imposición de renunciaciones del consumidor a la entrega del documento acreditativo de la realización del negocio.*

15. *Autoricen al proveedor la realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.*

16. *Establezcan que el silencio del consumidor será considerado como aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.*
17. *Impongan contratos adicionales, ajenos al objeto de la contratación.*
18. *Limiten a sujetos determinados o listas restrictivas, la posibilidad de realizar contratos conexos.*
19. *Apliquen, incausadamente, intereses que exceden en más del 100%, la tasa fijada por el Banco Oficial, vigente al momento de celebración del contrato.*
20. *Consagren a favor del proveedor la posibilidad de transferir su posición contractual, o las obligaciones o garantías a su cargo, sin acuerdo del consumidor.*
21. *Eximan o restrinjan la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del proveedor.*
22. *Limiten o de cualquier modo alteren las obligaciones a cargo del proveedor.*
23. *Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por acciones realizadas por éste, sus representantes, mandatario o dependientes, sea a título de dolo o culpa.*
24. *Alteren las reglas relativas a la distribución de riesgo.*
25. *Excluyan o restrinjan las garantías debidas por el proveedor.*
26. *Transfieran responsabilidades a terceros.*
27. *Contengan la renuncia del derecho a interponer acción de rescisión del contrato o peticionar la indemnización por daños, en caso de incumplimiento oportuno de las obligaciones a cargo del proveedor.*
28. *Establezcan plazos abreviados de prescripción.*
29. *Instituyan la prórroga de jurisdicción, en caso de conflictos derivados de la relación contractual.*

30. *Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos.*

31. *Establezcan la inversión de la carga de la prueba.*

32. *Determinen la renuncia directa o indirecta a derechos otorgados al consumidor en forma expresa por normas imperativas.*

33. *Violen el orden público económico.*

34. *Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación.*

35. *Decreten la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su consentimiento o adhesión.*

36. *Excluyan o restrinjan la posibilidad de requerir tutela judicial para los reclamos por parte del consumidor.*

37. *Reduzcan o impidan al consumidor la oponibilidad de excepciones, recusaciones o recursos en reclamos contra el proveedor.*

38. *Otorguen el carácter de título ejecutivo a los documentos base de la obligación, o posteriores certificaciones de deuda, emitidas en forma unilateral por el proveedor, salvo autorización legal expresa.*

## **XIX. EPÍLOGO**

---

Como ya expresáramos, el consumo es un fenómeno complejo, que puede ser abordado desde distintos puntos de vista o disciplinas, tales como la psicología, el marketing, la sociología; pero en ningún caso puede negarse que integre el proceso económico y, como tal, está sujeto a las reglas del mercado –en los sistemas que responden a tal concepción–. El papel del Derecho, en esta intrincada interrelación de factores, es aportar el marco ético-axiológico –que imponga los límites al lucro y a la eficiencia, como únicos parámetros para evaluarlo–, que permita la efectiva realización de los derechos fundamentales de la persona.

En la actualidad, las normas tuitivas del consumidor constituyen el axial del Derecho Privado, el marco jurídico de referencia del individuo, en cuanto a sus derechos de carácter patrimonial; estatuyen principios inderogables tales como la protección del “débil jurídico”, la “buena fe”, entendida en su aspecto objetivo, y la “conservación del contrato”, como valor entendido en las relaciones negociales.

El sistema normativo al respecto se encuentra constituido, en la Argentina, por la Constitución Nacional, la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, su decreto reglamentario y demás leyes y decretos que la complementan y, supletoriamente, por el Código Civil.

Dentro de ese espectro, las “cláusulas abusivas” insertas en los contratos celebrados con consumidores resultan un problema cotidiano, grave y que impone la necesidad de su abordaje, con el objeto de intentar acciones tendientes a lograr su erradicación. En ese marco hemos encuadrado esta investigación, pretendiendo presentar un atisbo de solución, mediante las propuestas que hoy ponemos a consideración.

### **XIX. 1. PROPUESTAS DESARROLLADAS**

Como resultado de todo el proceso investigativo, proponemos:

5) La reforma al texto del artículo 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, conforme se expone en el capítulo correspondiente.

6) La incorporación de una “lista negra” de cláusulas que deberán ser consideradas abusivas, y por tanto declaradas nulas, de pleno derecho, que sugerimos se incorpore como artículo 37 bis, de la Ley 24.240.

7) Una propuesta teórica acerca de las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en la contratación con consumidores, en la Argentina.

8) Una propuesta teórica acerca de las medidas correctivas a aplicar en los casos que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en nuestra legislación.

### **XIX. 2. RESULTADOS**

En virtud de todo lo expuesto, pueden mencionarse los siguientes resultados:

- Se ha confirmado el fundamento de la investigación, en el sentido de la profusa utilización de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, en la República Argentina, que diera origen a la preocupación que motivara la presente.

- Se ha realizado un análisis crítico de la legislación nacional y comparativo de las legislaciones de los cuatro países integrantes del MERCOSUR y de algunos otros países que se consideraron particularmente interesantes; algunos por contener regímenes diferentes (Perú), y otros por constituir exponentes de distintos “modelos” aplicados en cada tema (Alemania, España), así como normas pertenecientes al MERCOSUR o a la Unión Europea.

- Se ha establecido que la mayoría de los contratos de consumo se celebran mediante adhesión a condiciones generales de la contratación.

- Se ha determinado que la modalidad de contratación mencionada en el ítem anterior es propicio para la incorporación de cláusulas abusivas.

- Surge imprescindible establecer la “tutela inhibitoria sustancial que vede la mencionada inclusión”<sup>529</sup>, a través de medios preventivos y sancionatorios.

- Se ha concluido que puede considerarse a la protección del “débil jurídico” como un principio general del Derecho, máxime en el área del Derecho del Consumidor. En éste último se ve patentizado en los principios “*in dubio, pro consumatore*”; “*contra proferentem*”, todo ello basado en el cardinal de la Buena Fe.

- Se han estudiado los sistemas de protección contra las cláusulas abusivas, actualmente vigentes en el país y comparado con los de otros países.

- Se ha considerado que la incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor, de una “lista negra” de cláusulas abusivas puede resultar conveniente y valiosa, para conseguir una más amplia protección del consumidor, ante su reiterada inclusión por parte de los proveedores.

- Se ha propuesto la reforma del artículo 37 de la Ley 24.240, con el objeto de precisar su enunciado referente a supuestos de abusividad de cláusulas contractuales.

- Se ha elaborado un catálogo de cláusulas consideradas abusivas, en la contratación con consumidores, en la República Argentina.

- Se ha visto como necesario el fortalecimiento de controles respecto de las condiciones generales de la contratación; para el caso en estudio, respecto de los contratos de consumo.

- Se ha elaborado una propuesta teórica acerca de las medidas preventivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, en la contratación con consumidores, en nuestro país.

---

<sup>529</sup> Considerandos de la Resolución 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

- Se ha desarrollado una propuesta teórica acerca de las medidas correctivas a aplicar en los casos que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, en este medio.
- Se ha detectado la posibilidad y avizorado la conveniencia de la existencia de normas comunitarias o de una armonización legislativa, en el ámbito del MERCOSUR, acerca del tema de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, con el objeto de facilitar la aplicación de la normativa y, consecuentemente, la protección del consumidor.

## **XX. CONCLUSIONES**

---

Por todo lo expuesto, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

➤ La incorporación de cláusulas abusivas en un contrato constituye una flagrante violación del standard de buena fe y debe interpretarse conforme a los principios “*favor debilis*”, “*in dubio pro consumatore*” y “*contra proferentem*”.

➤ Resulta necesaria la reforma del artículo 37 de la Ley 24.240, a efectos de establecer con más precisión las hipótesis generales y abiertas de definición de lesividad de cláusulas contractuales.

➤ Resulta conveniente incorporar como artículo 37 bis de la Ley 24.240, una “lista negra” de cláusulas que deberán ser consideradas abusivas.

➤ Como se desprende de la lectura sistémica de la Ley, con la inclusión propuesta *supra*, se mantiene el sistema abierto para la determinación del carácter abusivo de las cláusulas –aunque más preciso–, con el fin de poder subsumir en él cualquier supuesto en que se detecte una situación lesiva, aunque no estuviera expresamente prevista.

➤ La incorporación de listas de cláusulas que se consideran abusivas, así como la correspondiente sanción, resulta conveniente teniendo en consideración el incipiente desarrollo en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los casos concretos, a pesar de su carácter de orden público.

➤ En todos los casos en que se detecte la inclusión de cláusulas abusivas, deberá tenderse a la conservación del contrato y, por tanto, el juez estará facultado a realizar su integración, toda vez que no se vean afectados aspectos esenciales del negocio jurídico.

➤ Fuera del ámbito estricto del Derecho de Consumo, se ha valorado la conveniencia de regular legislativamente acerca de las Condiciones generales de la contratación, con alcance para todos los contratos que se

celebren bajo esa modalidad, con el fin de extender la protección a todos aquellos que ante la predisposición, devienen “débiles jurídicos”.

➤ Es necesario agilizar los sistemas de reclamaciones y fortalecer la aplicación de métodos alternativos de resolución de los conflictos derivados de relaciones de consumo, para permitir la verdadera vigencia de los derechos.

➤ La gratuidad de los procedimientos, tanto administrativos cuanto judiciales como alternativos, debe ser sustentada por el Estado, como forma de garantizar la “defensa en juicio” o “defensa de los derechos”, principios de raigambre constitucional, que muchas veces se encuentra impedido en su realización por cuestiones de índole económica.

➤ Deviene conveniente implementar acciones de educación al consumidor dentro de los sectores de educación formal y no formal, con carácter preventivo de la inclusión de cláusulas abusivas, como parte esencial de la formación integral del ciudadano.

➤ Se considera de suma importancia y utilidad la organización de amplias campañas de difusión de los derechos del Consumidor, a efectos de permitir su conocimiento, para posibilitar reclamos, ante los incumplimientos respectivos.

➤ Consideramos posible y beneficioso, tender a la armonización de la legislación en materia de Consumo, en el ámbito del MERCOSUR, tanto a través de Resoluciones del Grupo Mercado Común, cuanto de Directivas, en caso de resultar necesario, así como del trabajo de juristas en el derecho comparado entre los cuatro países y la consecuente tarea de su armonización, mediante el dictado de normas nacionales, de similar alcance, respetando las peculiaridades de cada país, pero tendiendo a la uniformidad de derechos de sus habitantes –principio liminar de cualquier proceso de Integración Regional, que exceda el ámbito meramente económico–.

➤ Más allá de todas esas conclusiones, reflexionamos acerca de la importancia que debe darse a la implementación y efectiva vigencia del Derecho del Consumidor, que tiene como sujeto central al “hombre común”,

el individuo –de allí su alcance prácticamente universal–, a quien debemos el esfuerzo por brindarle un sistema jurídico equitativo y justo, haciendo operativa la tutela de sus derechos económicos, de la protección en su carácter de “débil” en la negociación, de su efectivo acceso a la solución de conflictos, de la eventual reparación oportuna de daños que pudiera sufrir; medidas, todas éstas, que le permitirán el ejercicio de la dignidad, el acceso a la realización de sus derechos de raigambre constitucional y, con ello, el mejoramiento de su calidad de vida.

Ahora bien, dejando atrás las puntualizaciones, recordemos que el mundo globalizado en que nos encontramos inmersos, nutrido de inequidades e injusticias, pide a gritos dejar de lado el misonerismo y dar el gran paso de la “verdadera humanización y moralización”, que vayan más allá de las meras formas, y se adentren en los grandes cambios que merece la Humanidad, para aspirar a un futuro sustentable.

El consumo es un fenómeno muy particular por la diversidad de aristas que abarca; es así, que afecta a todos los seres humanos, a quienes lo disfrutan y lo sufren, y es abarcado por múltiples disciplinas.

Podemos sostener que en el tema abordado nos enfrentamos a un problema económico, constituido por un mercado imperfecto y un problema jurídico, evidenciado por la contratación en masa, a través de contratos por adhesión a condiciones generales que, frecuentemente, incluyen cláusulas abusivas, en detrimento del derecho de los consumidores. Ambos son dos aspectos del mismo fenómeno de las transacciones económicas en el nuevo milenio y, por tanto, resultan inevitables, están incorporados a la nueva realidad.

Resulta imposible volver a los principios decimonónicos del derecho de la contratación, previsto para contratos negociados entre pares; el vértigo de las negociaciones en este principio de siglo nos indica claramente que ese tipo de contratación es la única posible, teniendo presente el número de transacciones y la necesidad de calcular costos, con previsión de riesgos.

Deviene, por tanto, necesario, propender a la aplicación de políticas legislativas y judiciales que, con máximo celo, intenten restituir el equilibrio, tutelando los derechos del consumidor que en la relación negocial predispuesta resulta la parte débil. Esto, en aplicación del llamado “orden público económico de coordinación”, respetando el principio de buena fe, que debe informar al derecho de contratos, en su expresión más amplia.

Seguidamente, más allá de las conclusiones disciplinares, traemos a colación una reflexión realizada por Castillo Freyre, al expresar: “El problema de un mundo complejo es que a muchos disgusta y a no pocos asusta. Incapaces pues de enfrentarlo tal como éste es, ya sea por miedo o por simple inmunidad a toda sutileza que la complejidad impone, lo dividen muy pronto los santos en Cielo e Infierno y los simples en blanco y negro. Pero ni en el mundo existen ángeles y demonios sino apenas hombres –y muy pocos santos– ni los colores y sus mil combinaciones han sido, gracias a Dios, desterrados del día y de la noche que solo los simples –que son legión– tienen la tragedia de no ver. Sea como fuere, a quienes nos dedicamos a ejercer la mundana profesión del Derecho y mucho más a los que nos hemos arriesgado a reflexionar sobre él, el deber nos llama a no ser ni santos ni simples si queremos hacer justicia aquí en la tierra”<sup>530</sup>.

Durante todo el proceso del presente trabajo nos hemos atrevido a pensar y reflexionar sobre la problemática propuesta; a proyectar y proponer soluciones pero, sobre todo, a desarrollar la idea de que un mundo mejor, en que se manifieste toda aquella “diversidad de colores”, es posible.

Estamos persuadidos que los grandes cambios que necesita y merece el país y la Humanidad toda deben comenzar a partir del individuo, de la persona humana –a quien consideramos centro y fin del Derecho Privado–, del respeto por sus derechos y de la promoción de su conducta responsable.

---

<sup>530</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. 2004. *Analizando el análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2004. Lima. Perú.

Desde ese “centro” han de nacer las transformaciones necesarias para la definitiva instalación del respeto, la lealtad y la solidaridad. Confiamos en ello y en que toda empresa es posible si es encarada teniendo como marco una escala de valores esenciales que pueda dejar su impronta en la sociedad, conmoviendo su idiosincrasia desde lo más profundo de su Ser.

Ahora sólo nos resta esperar, trabajando activamente, que esa realidad se haga presente. En este momento, nos viene a la memoria una frase de Pablo Neruda, que creo nos brinda el secreto del siguiente paso, cuando dice: “Sólo con una ardiente paciencia conquistaremos la espléndida ciudad que dará luz, justicia y dignidad a todos los hombres. Así, la poesía no habrá cantado en vano”.

**María Laura Estigarribia Bieber**

## **XXI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

---

### **XXI.1. LIBROS**

1. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. 1991. *Las Condiciones Generales de la Contratación. Estudio de las Disposiciones Generales*. Editorial Civitas. Madrid. España.
2. ALPA, Guido. 1986. *Diritto Privato de y Consumi*. Editorial il Mulino. Bologna. Italia.
3. ALPA, Guido. 1997. *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli articoli 1469 bis-sexies del codice civile*. Editorial SEAM. Roma. Italia.
4. ALTERINI, Atilio Aníbal. 1993. *La inseguridad jurídica*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.
5. ALTERINI, Atilio Aníbal, 1998. *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.
6. ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1995. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.
7. BELELLI, Alessandra. 1997. "La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie". En: *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti col consumatore*. Ruoffolo, Hugo (director). Editorial Giuffrè Editore. Milán. Italia.
8. BADENAS CARPIO, Juan Manuel. 1999. "Ámbito Subjetivo". En: Bercovitz Rodríguez – Cano (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.

9. BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. 1999. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona. España.
10. BELLUSCIO, Augusto C. (Director) y Eduardo ZANNONI (Coordinadores). 1978. *Código Civil, comentado, anotado y concordado*. Editorial. Astrea. Buenos Aires. Argentina.
11. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.
12. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo. 1999. “Nulidad”. En: Bercovitz Rodríguez – Cano (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.
13. BETTI, Emilio. 1943. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción y concordancias sobre el derecho español: A. Martínez Pérez. 2000. Editorial Comares. Granada. España.
14. BIDART CAMPOS. 1995. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo IV. “La Reforma Constitucional de 1994”, Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.
15. BORDA, Guillermo y Alejandro BORDA. 2004. *Manual de Contratos*. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. Argentina.
16. BOTANA GARCÍA y Miguel RUIZ MUÑOZ. (Coordinadores). 1999. *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. España.
17. CABELLO de los COBOS y MANCHA, Luis Maria. 1998. *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid. España.
18. CANDELARIO MACÍAS, Isabel. 1999. “La defensa de los consumidores y usuarios: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”. En: *Las Condiciones Generales de la*

- Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril.* Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
19. CAPILLA RONCERO, Francisco, Ángel M. LÓPEZ y LÓPEZ, Joaquín REVUELTA GARCÍA y María Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ. 2001. *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.
20. CARIOTA FERRARA, Luigi. 1956. *El Negocio Jurídico*. Traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Editorial Aguilar. Madrid. España.
21. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. 2004. *Analizando el análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2004. Lima. Perú.
22. CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. 1986. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Editorial Platense S.R.L. La Plata. Buenos Aires. Argentina.
23. CIFUENTES, Santos. 1986. *Negocio Jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
24. CIFUENTES, Santos (Director). 2003. *Código Civil Comentado y Anotado*. Tomo II. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.
25. CLAVERÍA GOSALBEZ, H. 1990. "El control de las condiciones generales de los contratos". En *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Madrid. España.
26. CLEMENTE MEORO, Mario. 1998. "El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas". En *Contratación y Consumo*. Orduña Moreno, Francisco Javier (Director). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.
27. CUENCA ANTOLÍN, Delia. 1996. "Métodos comerciales". En: *Noiones básicas del derecho de consumo*. Coordinado por María José Reyes López. Pág. 127. Editorial Práctica de Derecho, S. L. Valencia. España.

28. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. 1996. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II, 3ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú.
29. DE CASTRO y BRAVO, Federico. 1971. *El negocio jurídico*. Madrid. España.
30. DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y Manuel PONS GONZÁLEZ. 1999. *Diccionario de Derecho Civil*. Editorial Comares. Granada. España.
31. DÍAZ ALABART, Silvia. 1999. “Reglas de Interpretación”. En: Bercovitz Rodríguez – Cano (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.
32. DÍAZ ALABART, Silvia. 2000. “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la ley de condiciones generales de los contratos”. En: Nieto Carol, Ubaldo (Director). 2000. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
33. DICCIONARIO de la LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. 1992. Tomo II. Editorial Espasa Calpe. Madrid. España.
34. DÍEZ PICAZO, Luis y Vicente MONTÉS. 1979. *Derecho Privado y Sistema Económico*. Editorial Departamento de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. España.
35. DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. 1995. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Editorial Tecnos S. A. Madrid. España.
36. DÍEZ PICAZO, Luis. 1996. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Quinta Edición. Editorial Civitas. Madrid. España.
37. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. 2001. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.

38. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. 2005. “La Buena Fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos. Teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo. Perú.
39. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. 1998. *Derecho Comercial y Económico*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
40. FARINA, Juan M. 1997. *Contratos comerciales modernos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
41. FERRER, Patricia. 1999. “Contratos de adhesión. Contratos con condiciones predispuestas. Contratos con condiciones generales predispuestas”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
42. FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. 2005. “Contratos financieros y protección al Consumidor”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos. Teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo. Perú.
43. GALGANO, Francesco. 1992. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.
44. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1979. *Instituciones de Derecho Civil I. Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España.

45. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1989. *Instituciones de Derecho Civil I. Parte general*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. España.
46. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1995. *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. España.
47. GARCÍA AMIGO, Manuel. 1995. *Tratado de las Obligaciones y Contratos*. Editorial Mc Graw Hill, Buenos Aires. Argentina.
48. GÉNY, Francisco. 1899. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Traducción año 2000. Editorial Comares. Granada. España.
49. GHERSI, Carlos. 1994. *Obligaciones Civiles y Comerciales*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
50. GLIBOTA LANDRIEL, Verónica M. L. 2005. “Las Condiciones Generales de la Contratación en los Contratos de Consumo. Algunas reflexiones sobre la eficacia de los mecanismos legales de control de esta modalidad contractual”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos. Teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo. Perú.
51. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. 1999. “Requisitos de Incorporación. No incorporación”. En: Bercovitz Rodríguez – Cano (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.
52. HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo y Mónica FRESNEDA SAIEG. 1998. “La Reciente ley española sobre condiciones generales. Un interesante modelo a considerar”. En: *Estudios de Derecho Privado Moderno*. Brebbia, Roberto. Director. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. Argentina.

53. LARROUMET, Christian. 1999. *Teoría General del Contrato*. Vol. I. Traducción Jorge Guerrero R. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá. Colombia.
54. LORENZETTI, Ricardo Luis. 2002. *La emergencia económica y los contratos*. Segunda Edición. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires-Santa Fe. Argentina.
55. LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Consumidores*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
56. LORENZETTI, Ricardo Luis. 2003. *Contratos. Parte Especial*. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
57. MARÍN LÓPEZ, Juan José. 2000. “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”. En: Nieto Carol, Ubaldo (Director). 2000. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
58. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel. 1985. *El Control de las Cláusulas de exclusión de la responsabilidad en las condiciones generales de la contratación*. Extracto de tesis doctoral inédita disponible en la Biblioteca de la Universidad Hispalense, de Sevilla, España.
59. MESSINEO, Francesco. 1952. *Doctrina general del contrato*, Tomo I, pág. 21. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires. Argentina
60. MESSINEO, Francesco. 1959. *Manuales de Diritto Civile e Commerciale. Codici e norme complementari*. Volume Terzo. Editorial Guiffré. Milano. Italia.
61. MONEREO PÉREZ, José Luis. 2000. “El negocio jurídico como categoría problemática, Estudio preliminar”, en: Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción y concordancias sobre el derecho español A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. España.
62. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. 1999. *Cláusulas abusivas en los contratos. En el Código Civil. En la nueva ley del consumidor*. Editorial Intercontinental. Asunción. Paraguay.

63. MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1996. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
64. MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2001. *Responsabilidad por Daños*. Tomo VIII. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
65. MOSSET ITURRASPE, Jorge; Enrique M. FALCÓN y Miguel A. PIEDECASAS. 2002. *La Frustración del contrato y la pesificación*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe – Buenos Aires. Argentina.
66. MOSSET ITURRASPE, Jorge. 2004. *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Segunda Edición Actualizada. 2003. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires – Santa Fe. Argentina.
67. NIETO CAROL, Ubaldo (Director). 2000. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
68. NUZZO, Mario. 1998. “I Contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto”. En *Rassegna di diritto civile N° 2/98*, directada a Pietro Perlungieri. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles. Italia.
69. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. 1998. *Contratación y Consumo*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. España.
70. OSSOLA, Federico Alejandro. 2005. “Las relaciones de consumo en el ordenamiento jurídico argentino. Algunas precisiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor”. En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos. Teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo. Perú.
71. OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 23ª edición, 1996. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.

72. PAGADOR LÓPEZ, Javier. 1998. *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
73. PAGADOR LÓPEZ, Javier. 1999. *Condiciones Generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
74. PAGADOR LÓPEZ, Javier. 2000. “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales”. En: Nieto Carol, Ubaldo (Director). 2000. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
75. PASCUAL FERNÁNDEZ, José y Jesús ESTRUCH ESTRUCH. 1996. “Protección de los Intereses Económicos y sociales”. En: *No- ciones básicas del derecho de consumo*. María José Reyes López (Coordinadora). Editorial Práctica de Derecho, S. L. Valencia. España.
76. PASQUAU LIAÑO, Miguel. 1999. “Régimen aplicable y efectos”. En: Bercovitz Rodríguez – Cano (Director). 1999. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi. Elcano. Navarra. España.
77. PELLEGRINI GRINOVER, Ada et al. 2001. *Código Brasileño de Defensa del Consumidor. Ley 8.078. Comentado por los autores del Anteproyecto*. 7ª edición, revisada y ampliada. Editorial Forense Universitaria. Río de Janeiro. Brasil.
78. PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. 1999. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. 3 tomos. Editorial Hamurabi. Buenos Aires. Argentina.
79. POLO, Eduardo. 1990. *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*. Editorial Civitas S. A. Madrid. España.

80. PONS GONZÁLEZ, Manuel. 1999. *Diccionario de Derecho Civil*. Editorial Comares. Granada. España.
81. PRADA ALONSO, Javier. 1998. *Protección del Consumidor y responsabilidad civil*. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
82. PUERTES MARTÍ, Antonio. 1996. “Las condiciones generales de los contratos”. En: *Nociones básicas del derecho de consumo*. María José Reyes López. (Coordinadora). Editorial Práctica de Derecho, S. L. Valencia. España.
83. PUIG BRUTAU, José. 1988. *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Vol. I, 3ª edición. Editorial Bosch. Barcelona. España.
84. PUYALTO FRANCO, María José. 1999. “Incidencia de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación en los Contratos de Seguros”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
85. REICH, Norbert. 1985. *Mercado y Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. España.
86. REYES LÓPEZ, María José. 1993. *Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación*. Editorial General de Derecho S. L. Valencia. España.
87. REYES LÓPEZ, María José. 1996. “La protección del consumidor en el ordenamiento jurídico”. En: *Nociones básicas del derecho de consumo*. María José Reyes López. (Coordinadora). Editorial Práctica de Derecho, S. L. Valencia. España.
88. REZZÓNICO, Juan Carlos. 1987. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
89. REZZÓNICO, Juan Carlos. 1999. *Principios Fundamentales de los Contratos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.

90. RISOLÍA, Marco Aurelio. 1946. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. Argentina.
91. RIVERA, Julio César. 1997. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.
92. ROCA GUILLAMÓN, Juan. 2000. “Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos”. En: Nieto Carol, Ubaldo (Director). 2000. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
93. RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. 1999. “El ámbito de aplicación de la ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España
94. ROJAS SORIANO, Raúl. 1990 *Métodos para la Investigación social. Una proposición dialéctica*. Editorial Plaza y Valdez Editores. México D.F. México.
95. ROJAS SORIANO, Raúl. 1998. *El proceso de la investigación científica*. 4ª edición. Editorial Trillas. México D.F. México.
96. ROSSATTI, Horacio D., Rodolfo C. BARRA, Alberto M. GARCÍA LEMA, Héctor MASNATTA, Enrique PAIXAO y Humberto QUIROGA LAVIÉ. 1994. *La Reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
97. RUIZ MUÑOS, Miguel. 1993. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Editorial Lex Nova. Valladolid. España.
98. RUFFOLO, Ugo (cura). 1997. *Clausole “Vessatorie” e “Abusive”*. *Gli artt. 1496 bis e ss. Cc. e i Contratti col Consumatore*. Editorial Giuffrè Editore. Milano. Italia.

99. SABSAY, Daniel A. y José M. ONAINDIA, 1997. *La Constitución de los Argentinos*. Editorial ERREPAR. Buenos Aires. Argentina.
100. SAMPIERI, Roberto H. *Metodología de la Investigación*. Segunda Edición Editorial Mc Graw-Hill. Madrid. España.
101. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. 1996. *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Editorial Aranzadi. Pamplona. España.
102. SIEBENEICHLER de ANDRADE, Fabio. 1999. “As Cláusulas abusivas no regime da lei brasileira de defesa do consumidor”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
103. SIERRA BRAVO, Restituto. 1999. *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*. Editorial Paraninfo. Madrid. España.
104. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. 2005. “¿Cómo pactar una cláusula resolutoria expresa?” En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos. Teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Editorial Industria Gráfica Libertad S.A.C. Trujillo. Perú.
105. SPOTA, Alberto. 1979. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.
106. STIGLITZ, Gabriel. 1997. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
107. STIGLITZ, Gabriel. 1999. *Ley de Defensa del Consumidor*. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.
108. STIGLITZ, Rubén S. (Director). 1993. *Contratos. Teoría General*. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.
109. TINTI, Guillermo Pedro. 2001. *Derecho del consumidor. Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor*. Segunda Edición. Editorial Alveroni Ediciones. Córdoba. Argentina.

110. ULMER HEIDELBERG, Peter. 1999. “La Protección contra Cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
111. VALLESPINOS, Carlos Gustavo. 1984. *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
112. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario y otros. 1997. *Curso sobre Derecho del Consumo*. Edita Fundación El Monte. Sevilla. España.
113. VAQUER ALOY, Antoni. 1999. “Cinco años de aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. En: *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*. Espiau Espiau, Santiago (Editor). Editorial Marcial Pons. Madrid. España.
114. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y Oscar Eduardo ROMERA. 1994. *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.
115. VEGA MERE, Yuri. 2001. *Contratos de Consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*. Editorial Grijley. Lima. Perú.

## **XXI. 2. REVISTAS**

- 1) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. 1997. “El Proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. 1997. Vol. 16, pág. 839. Madrid. España.

- 2) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. 1999. "Imperialismo Económico y Dogmática Jurídica". Revista de Derecho Mercantil N° 233, pág. 925. Madrid. España.
- 3) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. 2000. "El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas". Revista Jurídica de Catalunya. 2000-1. pág. 9. Barcelona. España.
- 4) ARRIGHI, Jean M. 1991. "Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina". Derecho del Consumidor, N° 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 27. Buenos Aires. Argentina.
- 5) AVILÉS GARCÍA, Javier. 1998. "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N° 648. 1998, pág. 1.533. Madrid. España.
- 6) BAÑEGIL ESPINOZA, Francisco. 2000. "Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores". Actualidad Civil, 2000-2, Doctrina XXX, pág. marginal 713. Madrid. España.
- 7) BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio. 2000. "La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas". Actualidad Civil, 2000-2, Doctrina XXXI, pág. marginal 743. Madrid. España.
- 8) BAROCELLI, Sergio Sebastián. 2004. La frustración del fin del contrato. Doctrina Judicial. Tomo 2004-2, pág. 861. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.
- 9) BENDITO CAÑIZARES, María Teresa. 2000. "La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 657. 2000, pág.403. Madrid. España.
- 10) BERGEL, Salvador y Martín E. PAOLANTONIO, 1996. "La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las Cláusulas Abu-

- sivas en los contratos celebrados con Consumidores”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5, p. 191. Santa Fe. Argentina.
- 11) CREIMER, Israel y Gabriela MUÑOZ. 1999. “Cláusulas abusivas (informe del Derecho uruguayo)”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 87. Buenos Aires. Argentina.
- 12) BLANDINO GARRIDO Mariam. 2000. “El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento. Comentario a la Sentencia del TS de 26 de junio 1999 (RJ 1999, 4562)”. Revista de Derecho Patrimonial. Año 2000-1-Nº 4, pág. 215. Elcano. Navarra. España.
- 13) BLANDINO GARRIDO, María Amalia. 2000. “La sanción frente a las cláusulas abusivas (Estudio comparado de los ordenamientos español e italiano)”. Revista de Derecho Patrimonial. Año 2000 - 1 -Nº 5, pág. 145. Elcano. Navarra. España.
- 14) CADARSO PALAU, Jua. 2000. “La Lista Negra de Cláusulas Abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales”. Revista Jurídica Española La Ley. 2000 – 3, pág. 1.690. Madrid. España.
- 15) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. 1998. “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)”. Anuario de Derecho Civil. Tomo 51. 1998, pág. 1.301. Madrid. España.
- 16) DE CASTRO y BRAVO, Federico. 1982. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. Anuario de Derecho Civil. Tomo 35-III. 1982, pág. 987. Madrid. España.
- 17) DELFORGE, Catherine. 1999. “El control de las cláusulas abusivas en el Derecho belga”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 59. Buenos Aires. Argentina.
- 18) DE los MOZOS, José Luis. 2001. “Codificación y recodificación: reflexiones con motivo de la reforma del Código Civil Peruano”.

- Revista General de Legislación y jurisprudencia. III Época. Año 2001, N° 1, pág. 91. Madrid. España.
- 19) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 1998. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. Revista *Thémis*, N° 38. Lima. Perú.
- 20) ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura y Verónica GLIBOTA LANDRIEL. 2000. “La Prórroga de Jurisdicción como cláusula abusiva en los Contratos de Tiempo Compartido”. Revista *Hágase Saber* N° 8, Año III, octubre de 2000. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Resistencia. Chaco. Argentina.
- 21) ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. 2004. “Publicidad y Consumidores. Una visión desde Iberoamérica”. Anuario de Derecho Civil, Tomo IX, año Académico 2004, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Córdoba. Argentina.
- 22) ETCHEVERRY, Raúl A. 1987. “El “standard” de Buena Fe en el Derecho Mercantil”. *La Ley* T. 1987-E, pág. 897. Buenos Aires. Argentina.
- 23) FRIGOLA i RIERA, Antoni. 1999. “La Cláusula de sumisión expresa después de la ley sobre condiciones generales de la contratación”. *Revista Jurídica Española La Ley*. 1999-2, pág. 1.789. Madrid. España.
- 24) GARCÍA AMIGO, Manuel. 1979. “Integración del Negocio Jurídico”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXIII. Madrid. España.
- 25) GARCÍA AMIGO, Manuel. 2000. “Consideraciones a la buena fe contractual”. *Actualidad Civil*, 2000-1, Doctrina I, pág. marginal 1. Madrid. España.
- 26) GLASER BARNEY STRAUSS, Anselm. “El descubrimiento de la teoría de base. Ficha de cátedra”. *Revista de la Facultad de Filosofía*

- y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Buenos Aires. Argentina.
- 27) GLIBOTA LANDRIEL, Verónica M. L. 2001. “Defensa del Consumidor: Violación al deber de información de los Bancos”. Revista *Hágase Saber* N° 9, Año IV, agosto de 2001. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Resistencia. Chaco. Argentina.
- 28) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. 1998. “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”. Revista *Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 648. 1998, pág.1.587. Madrid. España.
- 29) INFORME de la COMISIÓN de las COMUNIDADES EUROPEAS sobre la “Aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Bruselas, 27/04/2000. Bélgica.
- 30) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, 1998. “La Buena Fe en la ejecución de los contratos”. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 18, pág. 211. Santa Fe. Argentina.
- 31) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y María J. TAVANO de AREDES, 1991. “La Protección al Consumidor en el Derecho Comparado”. Revista de Derecho del Consumidor, N° 1. pág. 11. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 32) LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2001. “La modernización del derecho alemán de obligaciones: La reforma del BGB”. Revista *Electrónica InDret* 02/2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- 33) LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2002. “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”. Revista *Electrónica InDret* 01/2002. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- 34) LAMARCA i MARQUÈS, Albert. 2004. “Proyecto de ley de adaptación de las disposiciones sobre prescripción a la ley de moderniza-

- ción del derecho de obligaciones en Alemania”. Revista Electrónica InDret 03/2004. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- 35) LASARTE, Carlos. 1999. “Cláusulas abusivas y nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico español contemporáneo”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 139. Buenos Aires. Argentina.
- 36) LEIBLE, Stefan. 1999. “Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación (Informe del Derecho alemán)”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 101. Buenos Aires. Argentina.
- 37) LETE ACHIRICA, Javier. 1996. “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho Francés: La ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos”. Revista Jurídica Española La Ley. 1996 - 1, pág. 1.720. Madrid. España.
- 38) LETE ACHIRICA, Javier. 1999. “La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea ¿Una Apuesta de futuro?” Revista Jurídica Española La Ley. 1999-2, pág. 2.033. Madrid. España.
- 39) LETE ACHIRICA, Javier. 2000. “Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir”. Actualidad Civil, 2000-2, Doctrina XXVII, pág. marginal 635. Madrid. España.
- 40) LETE ACHIRICA, Javier. 2000. “Las Cláusulas de Sumisión Expresa en Contratos con Condiciones Generales desde la Perspectiva del Derecho Comunitario”. Revista Jurídica Española La Ley 2000 – 6, pág. 1.978. Madrid. España.
- 41) LÓPEZ CABANA, Roberto, 1996. “La Contratación en la Ley de Defensa del Consumidor”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo 5, pág.53. Santa Fe. Argentina.

- 42) LORENZETTI, Ricardo Luis, 1996. "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 5, pág.171. Santa Fe. Argentina.
- 43) MARÍN LÓPEZ, Antonio. 1999. "La protección de la parte débil en la contratación internacional". *Actualidad Civil*, 1999-2, Doctrina XXX, pág. marginal 499. Madrid. España.
- 44) MARTÍNEZ de SALAZAR, Lucio. 1999. "Notas sobre la interpretación de las condiciones generales de la contratación". *Revista Jurídica Española La Ley*. 1999-3, pág. 1.853. Madrid. España.
- 45) MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. 2000. "La cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de leasing en el contrato de arrendamiento financiero". *Revista de Derecho Patrimonial*. Año 2000-1-Nº 6, pág. 219. Elcano. Navarra. España.
- 46) MOISSET de ESPANÉS, Luis. 1989. "Ponencia presentada a Congreso realizado en Lima, Perú", publicada en el Libro del Congreso, cuya versión electrónica disponemos por gentileza de su autor.
- 47) MORELLO, Augusto M., 1987. "El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El derecho a la información y la realidad social)". *El Derecho T.* 124, pág. 943. Buenos Aires. Argentina.
- 48) MORELLO, AUGUSTO M., Rubén S. STIGLITZ y Gabriel A. STIGLITZ. 1991. "Información al consumidor y contenido del contrato". *Derecho del Consumidor*, Nº 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 33. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 49) MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1992. "El Derecho Privado y la defensa del consumidor". *Derecho del Consumidor*. Revista Nº 2. Director: Stiglitz, Gabriel A., Capítulo 1, pág. 4. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 50) MOSSET ITURRASPE, Jorge, 1996. "Introducción al Derecho del Consumidor". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 5, pág. 7. Santa Fe. Argentina.

- 51) MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1999. “Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)”. Revista de Derecho Comparado, Tomo 1, pág. 19. Buenos Aires. Argentina.
- 52) MOSSET ITURRASPE, Jorge y Ricardo LORENZETTI. “Información al consumidor y protección de su salud”. Defensa del consumidor. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Argentina.
- 53) ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. 2000. “Derecho de la Contratación y Condiciones Generales (I)”. Revista de Derecho Patrimonial. Año 2000-1-Nº 4, pág. 21. Elcano. Navarra. España.
- 54) ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. 2000. “Derecho de la Contratación y Condiciones Generales (II)”. Revista de Derecho Patrimonial. Año 2000-1-Nº 5, pág. 49. Elcano. Navarra. España.
- 55) PACHECO CAÑETE, Matilde. 2000. “La protección del consumidor una vez perfecto el contrato en las ventas de productos a distancia a través de Internet”. Revista Jurídica Española La Ley. 2000-7. p. 1.443. Madrid. España.
- 56) PAGADOR LÓPEZ, Javier. 1999. “Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación”. Revista Jurídica Española La Ley. 1999-2, pág. 1.850. Madrid. España.
- 57) PASQUAU LIAÑO, Miguel. 1999. “Cláusulas Abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Nº 51, pág. 1.299. Madrid. España.
- 58) PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. 1991. “Publicidad inductiva y engañosa”. Derecho del Consumidor, Nº 1. Director Gabriel Stiglitz, pág. 41. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 59) REVISTA de DERECHO PRIVADO y COMUNITARIO. 1996. Tomo 5. Consumidores. Santa Fe. Argentina.
- 60) REVISTA de DERECHO PRIVADO y COMUNITARIO. 1996. Tomo 18. Santa Fe. Argentina.
- 61) RIVERA, Julio César. “Elementos y prueba de la lesión subjetiva”. El Derecho. Tomo 74, pág. 346. Buenos Aires. Argentina.

- 62) RUBIDO de la TORRE, Carlos. 1999. “La protección al consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación”. *Actualidad Civil*, 1999-4, Doctrina LXXIV, pág. marginal 1.545. Madrid. España.
- 63) RUBIDO de la TORRE, Carlos. 2000. “La protección al consumidor: su marco legal. Especial referencia a la ley 28/98 de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles”. *Actualidad Civil*, 2000-1, Doctrina XV, pág. marginal 305. Madrid. España.
- 64) SCHMIDT HOTT, Claudia. 1999. “Las cláusulas abusivas (Informe del Derecho chileno)”. *Revista de Derecho Comparado*, Tomo 1, pág. 43. Buenos Aires. Argentina.
- 65) SILVA-RUIZ, Pedro F. 1999. “Las cláusulas abusivas en Derecho puertorriqueño”. *Revista de Derecho Comparado*, Tomo 1, pág. 11. Buenos Aires. Argentina.
- 66) SIRVENT, Maria Teresa. 2004. “El proceso de investigación. En Investigación estadística educacional”. *Revista de la Universidad Nacional de Buenos Aires*. Buenos Aires. Argentina.
- 67) STIGLITZ, Gabriel A. (director). . 1991-2001. *Derecho del consumidor. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Tomos 1 - 11*. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 68) STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ. 1992. “El control de las cláusulas contractuales predispuestas en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial”. *Revista de Derecho del Consumidor* N° 2, pág. 42. Editorial Juris. Rosario. Argentina.
- 69) STIGLITZ Rubén y Gabriel STIGLITZ. 1993. “Ley de defensa del consumidor”. *J. A.* 1993-IV-871. Buenos Aires. Argentina.
- 70) VATTIER FUENZALIDA, Carlos. 1995. “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 71. Año 1995, pág. 1.523. Madrid. España.
- 71) VIVES MARTÍNEZ, Gemma. 1999. “Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley de 13 de abril de 1998 de las Condiciones Gene-

rales de la Contratación. Tendencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Actualidad Civil, 1999-4, Doctrina LXIV, pág. marginal 1.297. Madrid. España.

72) WIERZBA, Sandra y Diego G. CZERNIZER. 2004. “Tratamiento de la Cláusula “*Claims Made*” por la Justicia Argentina”. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Año VI. N° II. Marzo de 2004, pág. 27. Buenos Aires. Argentina.

### **XXI. 3. LEGISLACIÓN**

- 1) Código Civil de la República Argentina. Edición actualizada.
- 2) Código Civil de la República del Perú.
- 3) Código de Comercio Argentino. Edición Actualizada.
- 4) Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990.
- 5) Constitución de la República Argentina.
- 6) Constitución de la República Federativa de Brasil.
- 7) Constitución de la República del Paraguay.
- 8) Constitución de la República del Perú.
- 9) Constitución de la República del Uruguay.
- 10) Directiva comunitaria de la Unión Europea 83/13, de 5 de abril.
- 11) Directiva de la Comunidad Económica Europea 113/93, de Derechos del Consumidor.
- 12) Ley Argentina de Defensa del Consumidor, N° 24.240/93.
- 13) Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, de la República del Perú.
- 14) Ley española, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. N° 26/84.
- 15) Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- 16) Ley paraguaya, de Defensa del Consumidor y Usuario, N° 1.334.
- 17) Ley uruguaya, de Defensa del Consumidor, N° 17.250.

- 18) Proyecto de Código Civil, unificado con el de Comercio, Argentino, de 1998.
- 19) UNIDROIT. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 1997. Edición del Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección General de Asuntos Internacionales de la República de Colombia. Santafé de Bogotá. Colombia.

#### **XXI. 4. SITIOS DE INTERNET**

- ✓ <http://infoleg.mecon.gov.ar>
- ✓ [www.aeca1.org/comisiones/rsc/articulcincodiasago.htm](http://www.aeca1.org/comisiones/rsc/articulcincodiasago.htm)
- ✓ [www.alterini.org/codigosonline](http://www.alterini.org/codigosonline)
- ✓ [www.alterini.org/trabajosonline](http://www.alterini.org/trabajosonline)
- ✓ [www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html)
- ✓ [www.diariojudicial.com.ar](http://www.diariojudicial.com.ar)
- ✓ [www.argentinajuridica.com](http://www.argentinajuridica.com)
- ✓ [www.rae.es](http://www.rae.es)
- ✓ [www.laley.com.ar](http://www.laley.com.ar)
- ✓ [www.rubinzalculzoni.com](http://www.rubinzalculzoni.com)
- ✓ <http://www.jornadas-civil.org>
- ✓ <http://unidroit.org>
- ✓ <http://www.cajpe.org>