

✓ EL CONTRATO EN EL AÑO 2000: Cláusulas Contractuales Abusivas (*) (**)

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la
"Universidad de la República" y en la "Universidad Católica
Dámaso Antonio Larrañaga" (Uruguay)

"El contrato debe ser un medio de cooperación social, un instrumento al servicio de la armonización de los intereses sociales, un elemento integrador. El contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin que ello suponga poner en grave riesgo el bien común y la paz social".

MOSSET ITURRASPE (*"Justicia Contractual"*, Página 79).

"Frente a la orfandad legislativa en cuanto a una regulación específica del tema que nos convoca, será el poder jurisdiccional el llamado a cumplir un rol esencial de control, ya sea apuntando a la invalidez del acto ... o en ocasiones dirigiendo el pronunciamiento a la declaración de ineficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas. En este caso su pertinencia deviene legítima por razones fundadas en el ejercicio abusivo de un derecho, en el desvío de la finalidad social y económica perseguida; en el exceso a los límites impuestos por la buena fe, la moral y los buenos costumbres (Artículo 1071 del Código Civil) o cuando la condición predispuesta contradiga una norma imperativa".

STIGLITZ (*"Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor"*, Página 183).

SUMARIO

PARTE I: GENERALIDADES.- 1. Introducción.- 2. Importancia del Tema.- 3. Paradigmas del derecho contractual clásico.- 3.1. Paradigma de la equivalencia de las prestaciones.- 3.2. Otro paradigma: «presuponiendo la igualdad y libertad de las partes lo acordado siempre es justo».- PARTE II: LA CLÁUSULA ABUSIVA.- 4. Terminología.- 5. Concepto.- 6. Ambito de aplicación.- 7. Criterios para determinar lo abusivo¹⁾ de una cláusula.- 7.1. Ponderación de la Buena Fe y el ejercicio abusivo de la libertad contractual.- 7.2. Criterio del desequilibrio significativo de las prestaciones.- 7.3. Apartamiento injustificado del derecho dispositivo vigente.- 7.4. Cláusulas abusivas a la luz de un

[*) Dentro de esta serie de artículos el autor ha publicado:

- I. "Protección de la cesfianza: integración de la publicidad al contrato". Anales del Foro No. 121.
- II. "Responsabilidad civil de las relaciones precontractuales de consumo". Anales del Foro No. 123.
- III. "La protección del consentimiento y el deber de información". "La Justicia Uruguaya" Tomo CXX.

[**] Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quiroa, miembro del Consejo Consultivo de ADVOCATUS Nueva Esparta, por su gestión para la cesión del presente artículo durante la ocurrencia del evento "Hacia la reforma del Código Civil peruano, 15 años después", organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, del 1° al 4 de septiembre de 1999.

«nuevo orden público económico».- 8. Clasificación de las cláusulas abusivas.- 8.1. Cláusulas sorpresivas.- 8.2. Cláusulas engañosas.- 9. Efectos de la cláusula abusiva.- 9.1. Nulidad Virtual.- 9.2. Nulidad Parcial.- 9.3. La Reducción conservadora de la validez del contrato.- 10. Jurisprudencia nacional.- PARTE III: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR.- 11. Generalidades.- 12. Cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.- 12.1. Introducción.- 12.2. Definición.- 12.3. Ventajas y desventajas en la utilización de estas cláusulas.- 12.4. Polémica acerca de la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.- 12.5. Límites a la validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.- 12.5.1. Limitación de responsabilidad cuando existe «culpa».- 12.5.2. Limitación de responsabilidad cuando existe «culpa».- 13. Cláusulas abusivas en la delimitación del objeto del contrato.- 14. Cláusula de aceptación de riesgo.- 15. Cláusulas de rescisión unilateral.- 16. Cláusula de inversión de la carga de la prueba.- 17. Cláusula de cambio de jurisdicción.- 18. Cláusulas que abrevian el plazo de prescripción.- PARTE IV: CONCLUSIONES.

PARTE I GENERALIDADES

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho contractual moderno se destaca como uno de sus temas capitales el análisis de las denominadas cláusulas contractuales abusivas. Como se sabe, el siglo presente acusa una especial preocupación por la situación jurídica del consumidor a tal punto que tanto a nivel nacional como internacional, en los últimos años, se vienen adaptando regulaciones específicas sobre toda la temática de la protección al consumidor.

En las economías del siglo pasado se advertía una sana competencia de un importante número de productores o proveedores que atendían a un mercado que se autorregulaba en necesidades y producción. Con la segunda mitad del siglo XX se constatan sustanciales cambios económicos, sociales que se tradujeron finalmente en la existencia de importantes centros de poder y control económico, capaces de aumentar y dirigir un consumo, utilizando técnicas de "marketing" y de publicidad que llegan a dominar realmente las decisiones de las personas creando necesidades artificiales; fomentando el desmedido sentimiento o necesidad de comprar siempre algo nuevo. En este nuevo escenario económico el consumidor aparece sometido a toda una serie de presiones externas que terminan por subordinarlo y someterlo a una posición altamente vulnerable a abusos e imposición de exigencias o condiciones francamente injustas y abusivas.

La sofisticación de las nuevas tecnologías constituye además, una fuente de desconocimiento para los consumidores que a la hora de la adquisición del bien o del servicio concluyen en un mero acto de confianza en el proveedor. (ORDOQUI CASTILLA: El Contrato en el año dos mil. "Protección del consentimiento y el deber de información" L.J.J. I. C.D.J).

En la esfera jurídica se utiliza una forma de contratación denominada "por adhesión" a través de la cual se trata en ciertos casos de imponer cláusulas que aseguran un determinado beneficio o elimine un riesgo propio de la gestión que se realiza.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad se pretende la más absoluta libertad para imponer las cláusulas que se estimen pertinentes; se puede escoger con quien se contrata; se opta por el tipo contractual más conveniente. La transformación económica culminó con el paso de una economía de competencia (siglo XIX) a una economía oligopólica donde se concentra el poder económico y se alteran los mecanismos de fijación de precios e imposición de condiciones contractuales. En este clima se impone la predisposición unilateral y generalizada de las condiciones contractuales.

Con este proceso de standardización de los contratos proliferan las cláusulas uniformes que se ajustan a las necesidades de las empresas y se adaptan a las estrategias comerciales que más les favorezcan.

La existencia de este tipo de cláusulas con un contenido francamente abusivo llevó a que se dedicara especial atención a su estudio y en particular a la individualización de los criterios para la determinación de lo que debe entenderse realmente por cláusula abusiva.

En la regulación del tema de las cláusulas abusivas está implícita la tutela de la parte más débil del contrato y el resguardo al principio básico de la libertad real de comercio y competencia leal.

Desde un punto de vista práctico y utilitario la empresa con la utilización de esta forma de contratación por adhesión y orientando oportunamente sus "cláusulas" según la conveniencia del momento logra reducir

ción de costas; facilita una comercialización ágil; permite el cálculo anticipado de la inversión, entre otras ventajas.

Como bien lo señala DIEZ PICAZO ("Derecho y modificación social. Tecnología y derecho privado", Madrid 1987, pág. 50) una de las más llamativas características que ofrecen las llamadas relaciones contractuales modificadas es su despersonalización, en el sentido de que existe pérdida de identidad. Las relaciones jurídicas tradicionales se concebían, se construían y se configuraban como relaciones entre individuos concretos, en el sentido de que se entablaban entre individuos perfectamente individualizables e identificables.

La contratación en el anonimato configura una nueva realidad cuyas soluciones suponen ajustes de importancia en la misma doctrina general del contrato, máxime cuando este "anonimato" muchas veces se utiliza para que una parte se imponga sobre la otra a través de la utilización de cláusulas abusivas.

2. IMPORTANCIA DEL TEMA

Sin duda la misión más importante que debe cumplir el derecho privado en la actualidad es enfrentar las nuevas realidades y resolverlas conforme a parámetros humanitarios y justos.

Hoy ya nadie duda de que se enfrenta una realidad socioeconómica en la que han variado sustancialmente los presupuestos sobre los cuales se apoyó el derecho contractual clásico. El automatismo, la despersonalización, la imposición unilateral de condiciones contractuales, cambios todos que aparecen impuestos por una necesidad de celeridad y agilidad comercial, pueden considerarse como algo positivo en la medida en que estas situaciones nuevas no sean utilizadas para fines abusivos o ilegítimos.

La codificación del siglo XIX que refleja el pensamiento y las ideas de uno o dos siglos anteriores se ha desactualizado en varios temas dentro de los cuales el "derecho contractual" propiamente tal, evidencia importantes falencias del momento que los presupuestos sobre los cuales fue idealizado hoy conforman verdaderas utopías que no es posible mantener so pena de convertir nuestra materia en una "ciencia ficción".

Afirmar que todas las prestaciones son equivalentes o que las partes actúan en un pie de igualdad y libertad es algo que cada vez se ve con más desconfianza. Los desvíales y las diferencias con que concurren las partes a la hora de negociar se ven reflejadas en las consecuencias de lo acordado siendo nuestro siglo testigo de utilización de formas de contratación

(por adhesión o en masa) que se suelen usar precisamente para obtener ventajas indebidas o notoriamente injustas, que impone una parte fuerte sobre una parte débil.

Esa realidad es tal que ya podemos decir con pocos los países que no han propuesto o consagrado una normativa específica para regular y "civilizar" estas situaciones.

En un tema en concreto se suele concentrar las proyecciones de estas diferencias y es en el de la utilización de "cláusulas abusivas". La importancia de este tema refiere a los intereses de millones de consumidores y de un gran número de empresas que están activas en el mercado y tienen sin duda una clara implicancia social y económica (RCPPO, "La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori", Rivista di Diritto Civile, 1994, pág. 277).

La generalidad y trascendencia de este tema motivó que la Comunidad Europea lo priorizara de tal forma que concluyera en proponer una Directiva (N° 93/13 de 5 de abril de 1993) en la que se marcan pautas claras para la regulación y ordenación de estas cláusulas.

En el análisis de nuestro tema damos particular importancia a lo que ocurre en la Comunidad Europea pues pensamos que ha llegado la hora de pensar no sólo en el derecho privado de nuestro país sino en el derecho de la comunidad regional que hoy ya integramos (MERCOSUR) y que seguramente seguirá en lo esencial, la experiencia vivida en la Comunidad Europea. En otro orden analizando cómo se estudió y se llegó a esta Directiva y en particular, los juristas que colaboraron en sus redacciones, podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que esta Directiva evidencia una nueva realidad -hay ya ineludible- acerca de la utilización cada vez más frecuente de la contratación por adhesión para obtener beneficios indebidos sobre los cuales la tolerancia no parece ser ya la mejor consejera y regula el punto con particular realismo y conocimiento del tema proponiendo soluciones justas de acuerdo a un derecho contractual moderno.

La Directiva 93/13, bueno es tenerlo presente, tuvo una serie de antecedentes con relación a la regulación concreta de otros contratos en los que en forma específica se hacía referencia a estas cláusulas abusivas. Así, le precedieron la regulación de contratos bancarios (154/92); contratos de intermediación financiera (1/91); la regulación del crédito al consumo (142/92); la contratación fuera de los locales comerciales (50/92); contrato de turismo (90/314).

Con la conciencia debida de la trascendencia del tema, en la "década del 90" se optó por regularlo con carácter general para todo tipo de contrato. Esta Directiva impulsó en el derecho europeo la existencia de la figura del "profesional" y del "consumidor". La consecuencia de esta diferencia se suele evidenciar a través del contrato de adhesión y da por resultado que aquel pueda imponer cláusulas abusivas a éste. El tema hoy dejó de ocupar el lugar de un modesto capítulo de algún libro de doctrina, para concentrar la atención por su gravitante importancia en el desarrollo económico y social de toda la Comunidad Europea, tendiéndose con su regulación necesariamente hacia un derecho uniforme entre todos los países que la conforman.

3. PARADIGMAS DEL DERECHO CONTRACTUAL CLÁSICO

Por paradigma debe de entenderse el conjunto de creencias, conceptos, técnicas, que son aceptados sin discusión por una determinada comunidad científica. Muchas ciencias parten de la aceptación de ciertos "paradigmas" sin considerar su acierto o realidad sino que los adoptan como verdades absolutas a partir de las cuales constituyen sus teorías.

ALBERTO AMARAL JUNIOR [Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda; Brasil, 1993] aplica el concepto de paradigma al derecho privado mostrando una serie de conceptos considerados como verdades y que lamentablemente a la hora de su análisis se muestran cada vez más lejos de responder a las realidades del siglo presente.

Estos paradigmas fueron propuestos como verdades absolutas en el movimiento codificador de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. La propuesta jurídica partió de presentar al derecho todo como algo dogmático cuya realidad comenzaba y terminaba con la disposición en la ley. La consideración de otros elementos, como la costumbre, la ética; etc., sólo tienen relevancia en la medida en que el derecho se remita a ellos.

No es posible dejar de foliar por oscuridad de la ley y todos los conflictos cuentan con soluciones que deben de partir de la misma ley.

Lo que importaba para el derecho era el "deber ser", la norma, y no el "ser", la realidad; los valores. La presentación del derecho como "autosuficiente" y la imposición de verdades dogmáticas, que en realidad no eran tales, pronto hizo crisis.

La destrucción de la sociedad feudal caracterizada por la imposición de los fuertes sobre los débiles llevó como reacción a una "aspiración" que se concretó en pensar que la interrelación de intereses entre los parti-

culares podía realizarse en todo caso entre partes que actuaban en un absoluto plano de igualdad y libertad y en la medida de que ello fuere así lo actuado sería justo y equivalente y siendo así lo acordado obliga como la ley misma.

Esta propuesta doctrinaria se efectuó en consideración de una realidad que era la existencia de un mercado libre en el que cada cosa se vende al valor que realmente tiene; el comprador está informado de lo que compra; todos son iguales en sus posibilidades comerciales. En consecuencia, se actúa en libertad e igualdad real. Al actuarse con igualdad y libertad el resultado se consideraba justo en forma automática.

3.1. Paradigma de la equivalencia de las prestaciones

En nuestro sistema jurídico contractual existiendo dos partes que se obligan en forma interdependiente y recíproca las prestaciones "se miran como equivalentes" (art. 1250 del C.C.) o lo que debe de sumarse el hecho de que la lesión no configura un vicio del consentimiento (art. 1277 del C.C.), de lo que se concluye que en realidad no importa la relación real o material de las prestaciones. Sea cual sea la relación, de equivalencia material no interesa, pues, en todo caso, las prestaciones se verán como equivalentes. El equilibrio o equivalencia formal que impone el orden jurídico opera como una verdad o un presupuesto paradigmático inculcible, sobre el cual se sustenta el sistema contractual.

El primer interrogante que debemos formularnos es si este paradigma originario de la equivalencia formal o subjetiva de las prestaciones, realmente se mantiene a lo largo de la regulación de los diferentes aspectos del derecho contractual en el propio Código Civil o si, por el contrario, en la casuística "se borró con el todo lo que se escribió con la mano" al demostrar, en diferentes aspectos, una verdadera y real preocupación por el desequilibrio real de las prestaciones.

Si partimos del concepto de lo que debe de entenderse por contrato oneroso y gratuito veremos que no existe la onerosidad en sí misma considerada, ni la gratuidad en sí misma considerada sino que estos conceptos corresponden necesariamente a una realidad. Ello motivo que aplicando el principio de la autonomía de la voluntad podamos constatar que existen negocios formalmente onerosos que se celebraron en forma gratuita. Pero corresponde preguntarse qué es lo oneroso y qué es lo gratuito. LUIS IGNACIO ARECHEDE-ERRA: [La equivalencia de las prestaciones en el Derecho Contractual, página 63], sostiene que oneroso es lo equilibrado económicamente y patrimonialmente, y gratuito el desplazamiento sin contraprestación,

Pensamos que la calificación y la aplicación del régimen de contratos onerosos y gratuitos impuesto por el artículo 1249 del Código Civil resulta de la contemplación de la realidad económica y de los intereses en juego.¹

Si se parte de la admisión ciega del "paradigma de la equivalencia formal de las prestaciones" no tiene sentido plantearse el tema de las cláusulas abusivas; de la imprevisión; de la lesión; del abuso de derecho y de cualquier otro instituto cuya razón de existir esté en velar por la justicia y la moralización de la interrelación de intereses que se formaliza por vía contractual.

Cierto es que el referido paradigma está siendo seriamente cuestionado, y no sin razón, del momento que

a la hora de la verdad somos todos conscientes de que básicamente con este paradigma se ha causado mucho daño, abusos y explotación del débil por el fuerte en esquemas y con argumentos que hoy podemos calificar de históricos.

El derecho contractual del siglo XXI, aspira a ser un instrumento de justicia social y de dignificación para la persona brindando elementos de control eficaces que partan de la consideración de la realidad y no de la aceptación inflexible de paradigmas o dogmas sin sentido.

Sea a través de una normativa especial, como viene ocurriendo en la mayor parte de los países del mundo,

1) Analizando por ejemplo, la garantía de saneamiento por evicción o por vicios ocultos, vemos que con su aplicación a lo que fínde en definitiva, es o regularizar una equivalencia real de las prestaciones libremente consentidas pero que del punto de vista objetivo o material se habrán visto afectados. En tal sentido, en el caso de que se constate un vicio oculto puede llegarse a pedir una reducción de precio. Si nos quedáramos en la equivalencia formal consagrada en el artículo 1250 del Código Civil este ajuste de las prestaciones no tendría razón de ser.

Cuando en el propio Código Civil se autoriza una reducción de precio o su propia restitución, es porque se está considerando la distorsión de valores efectivos que se dieron entre las prestaciones.

En otro orden se establece que cuando se entrega una superficie menor a la prometida en compraventa, si el comprador la exige el vendedor debe de reducir proporcionalmente el precio (art. 1692 del C.C.).

Como ya dijéramos si se constatan vicios ocultos el comprador puede optar entre rescindir el contrato abonándose los gastos causados o exigir la reducción proporcional del precio a juicio de peritos.

En sede de arrendamientos también tenemos la posibilidad de reducción de precio cuando se priva del goce de parte de la cosa vendida o cuando se entregan menos cuadros que los acordados (art. 1799 del C.C.).

Nuestro tema se vuelve particularmente interesante cuando se considera el contrato ra en relación a las partes intervinientes, sino con relación a terceros. A poco de analizar el fundamento de la denominada acción simulatoria o acción pauliana (art. 1296 del código civil) pronto advertiremos que los mismos atienden sustancialmente a la situación de los acreedores o de un tercero eventualmente afectado por la realidad del negocio que se hoyo efectuado, considerándose aquí la onerosidad y la gratuidad en su dimensión real, material.

El contrato es irrelevantemente negado de terceros cuando no les causa perjuicio, pero si por su intermedio se les afecta, por ejemplo, con actos de insolvencia; de ocultamiento, ... estos terceros se califican como "interesados". El tercero analiza el contrato en su realidad objetiva y si lo perjudica en la medida en que le causa derecho para accionar. Ciertamente el contrato no puede obligar a terceros. Pero, como vimos, puede perjudicarlo. En estos casos el tercero analiza las prestaciones desde el punto de vista subjetivo y real, sustancialmente diverso al referido en el artículo 1250 del código civil, y su precisamente en ello es lo que se funda para su eventual acción. Así, por ejemplo, en los casos de simulación el derecho señala que estos negocios no pueden oponerse a los terceros de buena fe. Para que el tercero pruebe, por ejemplo, la existencia de un negocio simulado, puede, por ejemplo, aducir la existencia de un precio ridículo. Esto se admite pues se apuesta a la consideración de la realidad objetiva del negocio, prescindiendo, precisamente, de su presentación formal.

La admisión de la simulación implica un respeto por la realidad sustancial del negocio y un cuestionamiento de su libertad.

Poner de manifiesto la pura apariencia para escorar la realidad lleva implícito la intención de considerar la realidad negocial y las equivalencias, si es que estas existen.

Al interrogarse de si tiene sentido que se pruebe la existencia de un pronunciado desequilibrio entre las prestaciones, la respuesta dependerá de la situación en que nos encontremos. Un tercero puede verse realmente afectado por que aparezca como oneroso, lo que es en realidad gratuito, o gratuito lo que es en realidad oneroso, y, en consecuencia, esta situación adquiere tal relevancia que puede habilitar el planteamiento de diferentes acciones: nulas (simulatoria, pauliana).

En otro orden, nuestro Código Civil ha prescindido por completo de la interpretación subjetiva de la equivalencia formal de las prestaciones cuando señala, con particular acierto, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley (artículo 1291 del código civil).

Por su parte, el artículo 1303 del código civil, al regular la interpretación de los contratos, señala que si existen cláusulas ambiguas "deben tomarse en el sentido que más conviene a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad".

Cuando se alude a la **realidad del contrato**, sólo supone considerar precisamente que se trata de un contrato gratuito u oneroso, e interpretar un contrato según su naturaleza de oneroso supone atender al criterio que definió la correcta composición de intereses en forma equivalente y equitativa. En la imposición de efectos, o en la misma interpretación que del contrato se debe realizar en consideración a la naturaleza del mismo, es por donde se introducen los efectos de una equivalencia distributiva justa entre las partes, que es lo que supone actuar con equidad.

En definitiva, podrá preservarse esta equivalencia equitativa en la medida en que consentimos de que en nuestro derecho tiene relevancia no sólo lo querido por las partes "lo que misa como equivalente", sino que los contratos obligan más allá del acuerdo de partes ("no sólo a lo que en ellos se expresa"), sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. lo acordado por las partes debe integrarse con las que surgen de la propia naturaleza del negocio.

a través de la legislación especializada en la protección del consumidor, o bien, a través de construcciones jurídicas que tratan de redimensionar los alcances de viejos textos a las nuevas realidades, no abrigamos dudas de que por un camino u otro se llegará a ponderar con necesario realismo toda la temática de las nuevas formas de contratación (contrato por adhesión, o en masas...) pensadas no sólo para agilizar el comercio sino también para poder obtener ventajas, muchas veces indebidas, que precisamente se instrumentan a través de las cláusulas abusivas que serán objeto de nuestro análisis.

3.2 Otro paradigma: "presuponiendo la igualdad y libertad de las partes lo acordado siempre es justo"

La confirmación filosófica del siglo XVIII partió del presupuesto de que las partes a la hora de contratar eran siempre iguales y libres y que la consecuencia de ello eran resultados justos en lo acordado.

En realidad no impartió el contenido real de los contratos sino que se deducía de una "presuposición", igualdad y libertad de las partes, "otra presunción" que era el resultado justo de lo acordado. Esta fantasía hoy ya no sólo no responde a la realidad sino que ha sido el origen de una corriente revisionista del mismo derecho contractual.

Los conceptos de libertad contractual, de consentimiento, de autonomía de la voluntad son en esencia bilaterales, pues no se conciben si en realidad no estuvo presente en el acto la conciencia y voluntad real de ambas partes.

MESSINEO (Doctrina General del Contrato, t. I, pág. 15 y ss.) llega a sostener que en realidad hoy día la libertad contractual será excepcional pues el proceso de imposición o de sometimiento necesario se ha agudizado.

La "mitología de la voluntad" partió de la idea de que una persona era responsable precisamente porque sus actos eran resultado de su actuar humano en plano de libertad. Sólo porque actúa en libertad una persona puede obligarse y ser responsable de lo que hace. Adviértase cuál puede ser la consecuencia de afrontar la cruda realidad de que ésta libertad contractual en muchos casos en realidad no es tal.

La concentración de capitales y la existencia de grandes empresas supuso, como decíamos, enfrentar una realidad no pensada en el siglo XVIII conforme a la cual, en la relación contractual aparece una parte con poderes tales como para imponerse partiendo de una clara desigualdad económica donde el contrato ya no

aparece como algo discutido por las partes sino algo predispuesto e impuesto unilateralmente.

Junto a ello cambiaron las formas de negociación, volviéndose realmente "impersonales". Todo este entorno favoreció la existencia de un predominio de una parte sobre la otra a la hora de la contratación que cobra especial evidencia en el alcance de las cláusulas contractuales donde se advierten abusos claros.

El derecho contractual moderno sale al cruce de esta realidad con la consagración de instrumentos que permitan el restablecimiento del equilibrio o de la equivalencia perdida.

Se constata en esta tendencia una mayor participación del Estado en la vida del contrato con la finalidad precisamente de tutelar estos desvíos, lo que se evidencia a través de un nuevo orden normativo de carácter imperativo. El imperativismo de la norma comienza a restringir progresivamente el voluntarismo propio de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Los hechos demostraron que el individuo aislado no es el más apropiado para proteger sus intereses y los de la comunidad toda. El Estado debe intervenir para que no se utilice la libertad como medio de coacción o de explotación del débil por el fuerte. La libertad contractual es conveniente en una economía liberal sólo y en cuanto existan los controles debidos que eviten su utilización abusiva.

Este Intervencionismo del Estado lo vemos con toda claridad por ejemplo en los contratos de arrendamientos urbanos; en las enajenaciones de inmuebles a plazos... en su conjunto conforman un verdadero orden público de protección.

En este orden es imprescindible aumentar los controles para que el contrato no sea un medio de explotación y de legitimación de abusos. De aquí la importancia del control de las denominadas cláusulas abusivas cuya utilización se ha generalizado.

PARTE II LA CLAUSULA ABUSIVA

4. TERMINOLOGÍA

En el año 1948 MESSINEO (Doctrina General del Contrato, Buenos Aires, t. I, pág. 445) sostuvo que las cláusulas o que dice el artículo 1341 del Código Civil Italiano deben denominarse "vejecillos" porque están dirigidos a mantener a la contraparte en situación de inferioridad jurídica.

Este término tuvo su acogida en la doctrina utilizada entre otros AULETTA ("La clause vessatoire nella giurisprudenza" en la obra de BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1984, I), pág. 15.)

Otras proponen referirse en estos casos a "cláusulas abusivas" queriendo aludir al hecho de que la cláusula es excesivamente onerosa e importa una injustificada imposición del fuerte sobre el débil.

REZZÓNICO (*Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, N° 155, pág. 242) señala que es lógico que en la relación contractual existan ciertas diferencias de circunstancias entre las partes pero es muy diferente "cuando las diferencias alcanzan a tal grado, que el interesado pierde casi completamente la autonomía negociadora y, en cierta medida, se incapacita y por ello se convierte en un débil instrumento económico de otro".

Cuando el contrato tiene cláusulas leoninas o abusivas se le denomina en definitiva, "contrato de apartamiento" o de "mordaza" o de "sujeción". En definitiva, la presencia de cláusulas abusivas o leoninas también permite por calificar al mismo contrato con las denominaciones que refireramos.

A los efectos de nuestro análisis utilizamos el término de clásica de "cláusulas contractuales abusivas" para indicar precisamente aquella parte del contrato que se caracteriza por imponer, sin una justa causa, condiciones que benefician en forma clara a uno de los contratantes en perjuicio del otro, confirmando un acto abusivo que se traduce en un apartamiento de las pautas emergentes del deber de actuar de buena fe; de lo que exige el orden público (económico); la moral y las buenas costumbres.

5. CONCEPTO

En doctrina se han propuesto diversas definiciones de lo que debe entenderse por cláusula abusiva. Así la ya clásica definición de BRICKS (*Les clauses abusives*, París, 1982, N° 10, pág. 9) señala que por tales se entiende a todas las que entrañan una ventaja exclusiva para el empresario marcando un claro desequilibrio de los derechos y de las obligaciones de las partes, siempre que lo sean en un contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre-redactado por el mismo.

RUBEN STIGLITZ ("*Contratación privada y protección al consumidor*") en la obra *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, 1994, pág. 199) sostuvo que la definición de las denominadas cláusulas abusivas puede partir de distintos criterios:

- la falta de negociación por las partes;
- que la cláusula le sea presentada pre-redactada sin posibilidades de negociar;
- que su contenido resulte en infracción a las exigencias de la buena fe;
- que cause un desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes en contrato.

Ciertos textos legales han propuesto definiciones concretas sobre lo que debe entenderse por cláusula abusiva. Así en el anteproyecto de revisión del Código Civil de QUEBEC (art. 1484) se establece como cláusula abusiva la que desfavorece a una de las partes en forma excesiva y se desarrolla en contra de los dictados de la buena fe. El artículo 35 de la ley 78-23 de 10 de enero de 1978 francesa, considera abusivas las cláusulas impuestas a los consumidores por un abuso de poder económico del denominado contratante profesional por el que logra una ventaja contractual excesiva.

En la legislación alemana de 1977, se regula con carácter general que es lo que se entiende por cláusula abusiva señalando: "las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente inequitativamente, en oposición al principio de buena fe". Si existe duda se considera la existencia de un perjuicio indebido cuando la cláusula: a) no es compatible con las ideas esenciales de la regulación de la cual se trata, b) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad de éste.

Junto a esta pauta de carácter general la legislación alemana luego da una lista de las cláusulas que se consideran ilícitas prescindiendo de la apreciación judicial y por el sólo hecho de aparecer en los contratos como tales.

En su esencia se trata de un concepto derivado de la idea de abuso de derecho y de la norma de conducta que impone proceder de buena fe en las relaciones negociales.

Siempre nos ha impresionado la precisión con que el artículo 2 del Código Civil Suizo de las Obligaciones señala: "cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto en el ejercicio de un derecho no es protegido por el derecho".

En la reciente legislación brasileña (ley federal 8078 del 11.9.90) existe un enunciado de lo que se entiende por cláusulas abusivas y propone también un

criterio genérico en el artículo 51 disponiendo que se consideran abusivas las cláusulas que establecen obligaciones consideradas inequitativas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe y la equidad, ordenando que se presume exagerada, entre otras la ventaja que: 1) ofende a los principios generales del sistema jurídico, 2) restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo que amenace su objeto u equilibrio contractual, 3) se muestra excesivamente onerosa para el consumidor, considerándose la naturaleza y el contenido del contrato, o los intereses de las partes u otras circunstancias peculiares del caso.

En el artículo 3 de la Directiva de la Comunidad Europea 93/13 de 5 de abril de 1993 se definen las cláusulas abusivas como aquellas que no se han negociado individualmente, y con independencia de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Se agrega luego que "se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos de contrato por adhesión".

Luego, la Directiva presenta dos tipos de cláusulas abusivas:

- Por su contenido: teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando en el momento del contrato todas las circunstancias que concurren en su celebración (art. 4.1).
- Se incurirá en abuso formal cuando las cláusulas no son redactadas en forma clara y comprensible

(art. 5.1). En estos casos, de existir duda se interpretará la cláusula en favor del consumidor.

La figura jurídica denominada "cláusula abusiva o vejatoria" sale a escena en el mundo jurídico no tanto para tratar de nivelar diferencias económicas entre las prestaciones, sino más bien, como respuesta al hecho de que esas diferencias muchas veces descoradas, en definitiva, no fueron libremente consentidas en situaciones en las que suele ser difícil probar la ausencia absoluta de consentimiento pero que no hay dudas de que éste fue estrangulado de forma que se afectó seriamente la libertad negociada pleno de forma tal, que llega a convertir a la parte en un dócil instrumento económico al servicio incondicionado del más fuerte.

De esta forma sale a relucir lo que entendemos un aspecto sustancial en estas cláusulas y que consiste en ser el resultado de una explotación, de una limitación de la libertad personal económica (negociada).

El Código Civil Suizo fue muy explícito al señalar que "nadie puede desprenderse de su libertad o limitarse en su ejercicio en un grado lesivo al derecho o a la moral". Si bien en nuestro ordenamiento no existe una norma similar entendemos que este principio está implícito en la norma constitucional que regula la libertad económica (arts. 10 y 36 de la Constitución de la República del Uruguay).²

Las cláusulas abusivas en cuanto son tales, son ilícitas. Algunas directamente son ilícitas desde un punto de vista formal porque transgreden cierta norma, otras son ilícitas desde un punto sustancial pues su presencia es sintoma claro de que se ha actuado de mala fe, se ha transgredido el orden público, las buenas costumbres, o ha existido un apartamiento injustificado del derecho dispositivo vigente.

No se persigue la igualdad absoluta y matemática de las prestaciones pues ello sería un verdadero absurdo

² Se ha sostenido, y creemos que con acierto, que cuando el artículo 32 de la Constitución ordena: "Prohibase la usura..." conforma una norma programática que constituye la misma base desde la cual pueden proyectarse los exigencias éticas que reclaman un justo grado de consideración para con el deudor extorsionado. La palabra usura en el texto constitucional no debe entenderse como exclusivamente referida al dolo de usura, pues en tal caso sería superflua del momento que lo mismo se ha realizado por vía legislativa.

Este principio, destaca SÁENZ GUESES ARCO "[E]l pacto-consumo en el contrato de compra-compra", R.D.J.A., I, LXI, pág. 207] debe ser entendido como compensación de todo tipo de variables lícitas e ilícitas dirigidas a obtener beneficios justos a expensas de la situación de apremio de un individuo.

Este pacto moralizador de corte constitucional marca parámetros muy claros y concretos respecto a la condena de las cláusulas que dentro de una relación contractual pueden ser utilizadas para obtener beneficios injustificados e excesivamente desmedidos.

Nuestra Constitución de la República ha sido clara en la consagración del principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley (artículo 8). También encontramos consagrado en la Carta Magna el principio de la libertad, tanto desde el punto de vista personal como económico (artículo 7, 36). De la consunción de estos dos principios encuentra su origen el respeto debido a la autonomía de la voluntad y de la situación en que las partes deben concurrir a la formalización de los acuerdos en la interrelación de intereses.

Como proyección de estos principios generales ciertas Constituciones más modernas, como la española de 1978, establecieron en forma expresa (artículo 31) que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios a cuyo fin se encaminará la instrumentación de procesos eficaces que protejan la vida, la salud, y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios".

pero debe pensarse en un equilibrio razonable que sea compatible con los principios de la buena fe y la equidad.

Cuando la predisposición unilateral permite imponer una exoneración absoluta de responsabilidad; agravar los deberes del que se obliga; invertir sin motivo la carga de la prueba... en fin, desequilibrar sin justa causa la relación de las prestaciones, todo ello importa pautas claras de que algo anormal está ocurriendo y que aunque abusivamente se trata de imponer sobre otro que razonablemente nunca pudo haber aceptado voluntariamente semejantes abusos.

Puede pensarse que en nuestro derecho no se puede admitir las cláusulas abusivas desde el momento en que se ha prohibido expresamente la lesión como vicio de consentimiento. Ocurre que aquí el abuso no se encara como lesión al consentimiento o como afectación subjetiva (vicio a la voluntad) sino que lo se considera es objetivamente el contenido de las prestaciones con sus notorias e injustificadas desequilibrios lo que supuso una conducta que se apartó del comportamiento debido en cuanto abusiva.

En síntesis, estaremos ante una cláusula abusiva, con carácter general, cuando entre las prestaciones debidas existan claras, anormales e injustificadas desequilibrios que pongan en evidencia un proceder abusivo violatorio del deber de actuar de buena fe que se manifiesta además, tanto en la forma de contratar como en el mismo contenido de las prestaciones acordadas.

Desde un punto de vista formal la utilización de contratos por adhesión o similares suelen ser un indicio claro y frecuente de que se trata por su intermedio de utilizar e imponer cláusulas abusivas.

Respecto a los criterios para ponderar el desequilibrio anormal de las prestaciones en nuestro criterio debemos comenzar por apreciar todas las circunstancias del caso definiendo en primer lugar si se ha actuado o no de buena fe; si se respetó el orden público económico; si los eventuales apartamientos del derecho depositivo vigente carecen de justificación.

6. AMBITO DE APLICACIÓN

En doctrina se plantea la controversia acerca de la conveniencia de regular el tema de las cláusulas abusivas por encima de su aplicación en los denominados contratos por adhesión. O sea, no existen dudas acerca de la conveniencia de su regulación en la esfera de la normativa de los denominados Derechos del Consumidor pero las dudas comienzan cuando se pretende su regulación con carácter general y para toda la relación del consumo.

Así, por ejemplo, en la Ley Brasileña (8078 del 11.9.90) en los artículos 51 a 53 se rotula el tema pero específicamente para los denominados contratos por adhesión. Esta limitación en el ámbito de aplicación se debería a que su aplicación con carácter general podría causar "inseguridad jurídica" ante la ausencia de criterios seguros en la determinación de lo que debe entenderse por abusivo. Además, donde aparecen con más frecuencia y donde es necesario regularlos es en los denominados contratos por adhesión pues allí la diferencia de poderes y la predisposición unilateral de las cláusulas facilita sensiblemente su utilización.

En la legislación alemana (art. 8) se regula el tema de las cláusulas abusivas pero también en relación a los contratos por adhesión en forma exclusiva.

Con facilidad se justifica el control del contenido de cláusulas en los contratos en los cuales la manifestación real de voluntad se ha visto atenuada por la forma de negociación: adhesión a condiciones generales preestablecidas. Por esta razón, como dijéramos, el estudio de las cláusulas abusivas se suele presentar en esta forma de contratación.

En nuestra opinión el ámbito de aplicación de la figura del abuso contractual tiene un radio de acción como límite al principio de la autonomía privada. El derecho contractual en general no admite el ejercicio abusivo de la libertad contractual.

Como lo señalara con acierto DE CASTRO ("Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Madrid, 1983) existen límites inherentes a la autonomía de la voluntad. Se entiende que el apartamiento de lo ordenado por normas dispositivas sin justificación constituye un apartamiento de la ley que se considera inadmisibles.

Lo que sucede es que el apartamiento del derecho dispositivo se logra regularmente cuando la cláusula en realidad no fue objeto de negociación entre particulares y una de las partes no ha podido ejercer ninguna influencia sobre el contenido del contrato siendo el mismo, resultado de una imposición y predisposición unilateral.

En la Directiva de la Comunidad Económica 93/13 se llega a prever que en los contratos por adhesión aunque existe una cláusula que haya sido negociada entre las partes ello no le cambia al contrato el carácter de "por adhesión" pues lo que debe de considerarse es la negociación con carácter global (art. 3.2).

En definitiva, el ámbito de aplicación de las denominadas cláusulas abusivas se concreta en aquellas que fueron el resultado de una predisposición e imposición unilateral carentes de negociación entre las partes. En

esta zona es donde se suelen advertir con mayor frecuencia y claridad las denominadas cláusulas abusivas. Ello no excluye que en ciertos casos estos abusos se puedan detectar en los "contratos negociados" donde resulta más difícil la individualización de lo abusivo en la medida que existe aceptación o consenso.

Pero, y esto es lo importante a destacar, la sola existencia de consentimiento no avala de por sí todo lo acordado pues aún en estos casos puede existir un apartamiento a las normas imperativas, o de las normas dispositivas, sin justa causa; o no haberse actuado de buena fe o haberse apartado de las exigencias del orden jurídico.

7. CRITERIOS PARA DETERMINAR LO "ABUSIVO" DE UNA CLÁUSULA

Sin temor a equivocarnos, el tema central en el análisis de las denominadas cláusulas abusivas se centra en la individualización de criterios que contribuyan a determinar la existencia de un "abuso" en una o más cláusulas del contrato.

Varios son los criterios que se han propuesto tanto a nivel doctrinario como dentro de la legislación comparada. Podemos decir que "a priori" ninguno es descartable y que, por el contrario, todos ellos no son incompatibles entre sí sino que enfocan el tema desde diversos aspectos que consideramos complementarios.

Es ilustrativo partir de lo que sobre el particular ordena la Directiva de la Comunidad Europea 93/13 pues responde a los conocimientos de los más famosos doctores y juristas europeos que acordaron partir de un criterio conforme al cual: "una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual se considera abusiva si pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Surgen de aquí los dos primeros criterios a ponderar que son: a) la buena fe con que se ha actuado en toda la negociación; b) el desequilibrio importante entre derechos y obligaciones.

La redacción propuesta puede pareceros confusa pues puede dudarse ya sea a casos en los que se actuó de buena fe y no obstante ello se causaron importantes desequilibrios entre las prestaciones o bien, puede querer referir a que es abusiva la cláusula que transgrediendo la buena fe causa importantes desequilibrios. Desde nuestro punto de vista ambos factores deben considerarse en su conjunto pudiendo surgir patrones de abusividad tanto en la ponderación de la

conducta, en atención a las exigencias de un actuar de buena fe, como en la existencia de claros desequilibrios de las prestaciones.

Junto a estos dos primeros criterios que podemos calificar de "principales" se han propuesto otros que refieren a la consideración del apartamiento que supongan dichas cláusulas del derecho dispositivo vigente sin causa justificada lo que se califica como "desnaturalización del contrato".

Otros entienden que la ponderación de la abusividad de las cláusulas debe de efectuarse con miras al "orden público económico" y su confrontación surgirá si realmente se está ante una cláusula que pueda calificarse de abusiva.

7.1 Ponderación de la Buena Fe y el ejercicio abusivo de la libertad contractual.

El deber de actuar de buena fe opera durante toda la vida del contrato: en la etapa de su formación, en la formalización; en su interpretación; en su ejecución. Como verdadero principio general de derecho (art. 16 del C.C.) ilumina a todo el sistema jurídico y en particular la vida de todo contrato.

La buena fe en su enfoque objetivo impone un deber de conducta consistente en actuar con lealtad; probidad que realza al contrato y la humanidad.

Su expresión más clara la tenemos en el inciso 2º del artículo 1291 del Código Civil al ordenarse que en la medida que los contratos se deben ejecutar de buena fe, oblijan "NO SOLO A LO QUE EN ELLOS SE EXPRESA", sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la ley, a los usos o a la equidad.

El efecto del contrato va mucho más allá de lo que expresaron las partes y se debe necesariamente integrar con las pautas generales que surgen del orden jurídico conforme a cual sea la naturaleza del contrato. Así, en los contratos onerosos el actuar de buena fe supone necesariamente adaptar soluciones de interrelación de intereses que completan a las dos partes en beneficio mutuo no considerándose aceptable ninguna regulación de intereses que sea esencialmente abusiva sino que todo debe tender a favorecer una equidistancia real y conmutativa.

Se ha señalado que el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza con la finalidad objetiva o función económica social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejerce de una manera o en circunstancias que lo hacen desleal según las reglas que la conducta social impone en el tráfico jurídico.

WAYAR ("Derecho Civil", pág. 437) con sabiduría presenta al principio de la buena fe como uno "de las reglas de oro" del Código Civil, que no puede ser perdida de vista a la hora de definir el alcance real de ciertos paradigmas y es precisamente por su intermedio que se tiende a un mayor realismo dentro del mismo derecho contractual dejándose cada vez más de lado paradigmas falsos generadores de ingentes injusticias.

La sola presencia de ciertas cláusulas que objetivamente demuestran un claro desequilibrio de las prestaciones evidencian un ánimo de aprovechamiento indebido o injusto por parte de quien predispuso la cláusula unilateralmente o la impuso por cualquier otro método de negociación.

La imposición de un modelo de conducta o la hora de negociar y de determinar el contenido de las cláusulas, implica una remisión a un "standard" o un modelo ideal de conducta social. Aquella conducta social que se considera como paradigmática (WIEACKER, "El principio general de la buena fe" Madrid, pág. 13).

La buena fe opera como causa de exclusión de culpabilidad; como causa o fuente de ciertos deberes (información, seguridad, protección, etc.) Además, la buena fe actúa como causa de limitación en el ejercicio de ciertos derechos. Así, el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe no sólo cuando se utilizó para una finalidad objetiva o con una función económica-social diferente para el cual le fue atribuido a su titular sino también cuando se ejerce en forma desleal o abusiva, atentando a las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico.

El derecho subjetivo señala WIEACKER (Ob. cit., pág. 20) debe de ejercerse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y de acuerdo a la vinculación especial que existe entre ellos.

GORPHE ("Le principe de bonne foi", París, 1928, pág. 101) destaca que el ejercicio de los derechos no puede concebirse en forma absoluta; el hecho de que uno sea titular de un derecho no le dispensa de tener que actuar con buena fe (voluntad honesta). Hay deberes para con los demás que ningún derecho permite violar. Con esta idea es posible relacionar el ejercicio de los derechos con el respeto de la solidaridad social y del bien común.

La utilización del contrato como medio de interrelación de intereses importa el ejercicio de un derecho que no puede considerarse como un fin en sí mismo sino como un medio para lograr la realización personal y comunitaria o sea, el bien común.

Partiendo de esta idea el ejercicio del derecho lleva a ponderar cada vez con mayor realismo los fines y valores que están en juego en la aplicación de las instituciones jurídicas y en el ejercicio de los derechos. Por esta razón como bien lo señalara PERANO FACIO ("Responsabilidad Extracontractual", pág. 277) la teoría del abuso del derecho se ha convertido en uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual.

El ejercicio del derecho contractual para imponer cláusulas onerosas o abusivas importa en esencia un ejercicio incorrecto de un derecho que no fue pensado, ni autorizado para ello.

En su momento nos pronunciaremos por una visión tridimensional del derecho (ORDOQUI CASTILLA "Derecho Judicial Extracontractual", Montevideo, 1974, pág. 24). La norma, la realidad socio-económica y los valores, conforman la unidad misma del derecho e importan una realidad dinámica cambiante. La desviación del ejercicio de un derecho con relación a los valores y fines que, conforman su razón de existir, importa un ilícito o un abuso o mal uso de un derecho.

RESCIGNO ("L'abus du droit", Rivista di Diritto Civile, 1965, pág. 216) destaca precisamente que el auge del abuso del derecho comienza en la segunda mitad del siglo XIX cuando se sufren ciertas manifestaciones de la economía capitalista a través de la explotación de las situaciones monopólicas donde se advierte los excesos que se pueden cometer con lo que se consideraba el ejercicio de derechos (contractuales). Las consecuencias de la desigualdad del sistema llevaron a pensar que aplicando la teoría del abuso del derecho se podía llegar a evitar graves injusticias.

A la cláusula abusiva se llega por el ejercicio abusivo del derecho o contrato que se realiza en definitiva al margen del sistema jurídico considerado como realidad tridimensional (norma; realidad socio-económica; valores).

Quien ejerce el derecho a contratar utilizando como forma la predisposición unilateral de cláusulas o través de las cuales se pretenda acceder a ventajas injustificadas está actuando al margen de la buena fe debida e incumpliendo en abusos que el orden jurídico no puede admitir.

La buena fe objetiva como límite de la libre expresión de la voluntad señalando lo que debe de considerarse abusivo o inícuo o lesivo, atentatorio de la razonable comutatividad de las prestaciones. La ponderación de la buena fe nos permitirá determinar si un eventual apartamiento de las normas dispositivas se dio en forma justificada o injustificada, y si el ejercicio de esta libertad de contrato ha sido o no abusivo.

7.2. Criterio del desequilibrio significativo de las prestaciones

En doctrina se viene generalizando el criterio de que la abusividad de una cláusula queda marcada por el desequilibrio anormal de las prestaciones. Este debe ponderarse no sólo del punto de vista "económico" sino también y especialmente del punto de vista "normativo".

Particularmente ilustrativa en el tema es la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea, tantas veces citada en este estudio, cuando señala que una diferencia económica entre el precio del bien o servicio establecido y el que promedia en plaza no marca ningún perfil de abusividad. El desequilibrio en el ámbito "económico" para tener relevancia debe ser "claro e injustificado" (art. 4.2).

El desequilibrio "normativo" se produce cuando existen claras desigualdades en la situación jurídica de cada una de las partes. Así, cuando se faculta a la empresa a rescindir unilateralmente el contrato; cuando se cargan regímenes diferenciales de responsabilidad; cuando se altera la carga de la prueba o jurisdicción competente... son todas las cláusulas que no importan de por sí en el origen, desequilibrios económicos sino más bien "jurídicos" de carácter sustancial. Por cierto que estos desequilibrios que podemos calificar de "formales" no suelen compensar con contemplaciones de carácter sustancial o económico, lo que confirma el desequilibrio en su realidad.

La apreciación de los desequilibrios o abusos que puedan existir en las cláusulas no es algo matemático o mecánico, sino que debe de realizarse en el entorno de toda la realidad del contrato considerando su formación y las circunstancias en que se creó. La ponderación discrecional del desequilibrio debe en definitiva, poderse calificar como notable.

Cierto es que en los contratos bilaterales racionales cada parte busca una contraprestación equivalente real pero también anhela obtener una determinado ventaja especial.

Claro que si el que concurre a la negociación carece de experiencia; o de conocimientos debidos; o se encuentra en estado de necesidad... no parece realista que se lleguen a soluciones equivalentes, ni que se esté en condiciones de discutir una negociación justa.

Cuando existe una desproporción extraordinaria entre las prestaciones toda hace presumir que existió explotación o abuso de una parte sobre la otra en el que aparecen dos elementos claros: uno objetivo (inequivalencia clara de las prestaciones) y otro subjetivo (la intención de aprovechar en forma indebida una situación favorable).

Objetivamente entendemos que pueden existir tres instancias:

- relación de equivalencia real entre las prestaciones
- relación de equivalencia desigual entre las prestaciones
- relación de equivalencia abusiva entre las prestaciones.

La lesión como vicio de consentimiento (art. 1277) llega a contemplar la segunda instancia, o sea, aquellos casos en las que se advierten diferencias pero que no se llega al grado del abuso notorio o a la explotación del fuerte sobre el débil. Por cierto en este artículo no puede encubrirse situaciones de abuso bajo el tema de que en nuestro derecho no existe la lesión como vicio pues ello implicaría desvirtuar sustancialmente el alcance de la norma e interpretarle en fraude a la ley.

El orden jurídico tutela las situaciones de equivalencia aproximada y por ello el fundamento de los artículos 1250 y 1277 del Código Civil que se sustentan precisamente en razones de seguridad jurídica. Se dice que si cualquiera pudiera luego del contrato aducir lesión se afectaría la estabilidad de los contratos. Ésto sin duda puede ser cierto pero no menos cierto es que a través de esta norma no es lícito amparar situaciones de franco, claro y objetivo abuso.

Pensar que el contrato es siempre justo porque es obra de la autodeterminación de las partes puede ser algo real siempre que sean ciertos los presupuestos de este razonamiento cuales son que las partes actúan en pie de igualdad y libertad. Si esta ecuación no responde a la realidad y aquel principio se intenta imponer como verdad dogmática configurativa de un verdadero paradigma comienza entonces un peligroso apartamiento del derecho sobre lo que es la realidad de las cosas; situación por cierto que se podrá resistir durante algún período al costo de tenerse que soportar situaciones de abuso o injusticia pero que finalmente terminarán por marcar las graves fisuras del sistema.

El contrato como cualquier otro instituto jurídico está sometido a las exigencias de una justicia ética elemental y el formalismo de considerar justo algo simplemente porque ha sido consentido, exige una pronta revisión a la luz de la realidad imperante.

La defensa de la justicia en el contrato es lo que realmente inspira a este estudio de forma que realmente podamos seguir diciendo que el contrato es el mejor instrumento de la interacción de intereses y no un instrumento para que formalmente el fuerte explote al débil con la anuencia del sistema jurídico.

Para ser más precisos en nuestro enfoque del tema debemos señalar que el término abuso o injusticia en la relación de las prestaciones no es lícito utilizarlo cuando existen racionales diferencias de valores entre las unas y las otras, sino que estos términos deben referirse sólo cuando se está ante situaciones que bien pueden clasificarse de anormales o de irracionales.

7.3. Apartamiento injustificado del Derecho Dispositivo vigente.

El ordenamiento jurídico está conformado por normas calificadas como de orden público o "imperativas", y otras que se denominan supletorias o "dispositivas". La diferencia sustancial entre unas y otras radica en que las primeras no pueden quedar a la libre disposición de las partes y no pueden dejarse sin efecto por acuerdo de partes. Por el contrario, las normas dispositivas o supletorias, pueden dejarse de aplicar mediante acuerdo de partes. No existiendo éste, rigen la relación jurídica en forma supletoria, o sea, que se parte de la base de que si las partes nada dicen se remiten al régimen jurídico general. En estos casos la norma interviene para "complementar" lo acordado.

Se parte del supuesto, por cierto razonable, de que las normas dispositivas y supletorias son las que regulan con un criterio de equidad la reciprocidad de intereses que se ponen en juego a la hora de contratar.

En el derecho moderno se ha iniciado una corriente de "revitalización del derecho supletorio" o dispositivo, en el sentido de que su contenido refleja una mayor justicia en la relación interpartes (LARENZ, "Derecho de las Obligaciones", t. I, pág. 122).

El orden jurídico contiene instrumentos cuya finalidad está en velar por el equilibrio o la equivalencia de las prestaciones: casos de reducción de precios; el saneamiento por evicción o por vicios ocultos....

Cuando por acuerdo de partes se dejan de lado estos medios declinando una parte la posibilidad de exigir garantías o de invocar responsabilidades (cláusulas de

irresponsabilidad)..., se rompe un sano equilibrio natural que guía originalmente el ordenamiento jurídico.

Con carácter subsidiario la norma regula los aspectos básicos de las principales figuras contractuales previendo eventuales imprevisiones de las partes y actuando en forma supletoria. Cuando por acuerdo de partes se deja de lado el derecho dispositivo, "sin una justa causa" que termine por desnaturalizar o afectar la naturaleza básica del contrato.

Por desnaturalización se entiende en general el apartamiento injustificado del derecho dispositivo (LÓRENZETTI RICARDO, "Tratamiento de las Cláusulas Abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 5, pág. 173).

Esta tendencia a proteger lo que se hace a la naturaleza, a la razonabilidad del mismo negocio jurídico, lo tenemos claramente referido en nuestro artículo 1291, inciso 2 del Código Civil cuando ordena: "Todos (los contratos) deben de ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias, que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o la ley".³

Existen obligaciones y normas de conducta que son propias de la naturaleza de un contrato y que se imponen a él aún por encima de lo previsto o de lo previsto en contra.

Siguiendo esta línea de pensamiento la Directiva Comunitaria de 93/13 señala con acierto que "el carácter abusivo de la cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que pueda depender".

El legislador o codificador comienzan por describir el "tipo contractual" sobre pautas de lo que se entiende más justo distribuyendo obligaciones y derechos. Este modelo no es obligatorio pues en muchos aspectos las

³ Particularmente curioso resulta destacar que el codificador uruguayo en varias ocasiones en la redacción de las normas alude a la consideración de la "naturaleza del contrato". Ello ocurre no sólo en el artículo 1291 inciso 2 al señalar que el contrato obliga a "todas las consecuencias que según su naturaleza...". El artículo 1292 alude a lo que puede exigirse de la "naturaleza del contrato" con respecto a los efectos con relación a terceros. El artículo 1300 del código civil, al regular la interpretación de los contratos con cláusulas ambiguas, se refiere al sentido que más conviene a "la naturaleza del contrato".

La "naturaleza del contrato" está determinada por sí mismo cosa, que, para el caso de los contratos bilaterales u onerosos es "el ventaja o provecho que procura a la otra parte".

De lo expuesto podemos deducir que las cláusulas que desnaturalizan la esencia del contrato, sin que supongan una contraprestación equitativa, se consideran abusivas. Desnaturalizar implica desvirtuar las obligaciones básicas propias del tipo de contrato de que se trata.

La cláusula abusiva se caracteriza precisamente por desnaturalizar al vínculo contractual; alterando sustancialmente la relación de equivalencia; favoreciendo en forma excesiva a una de las partes (predominante).

partes pueden variar de común acuerdo lo que surge del derecho positivo pero lo que se exige en estos casos es que estas variaciones que suponen un apartamiento del derecho dispositivo ocurran con "causa justa" y de común acuerdo.

7.4. Cláusulas abusivas a la luz de un "nuevo orden público económico"

Con singular acierto señala DIEZ PICAZO (Fundamentos de derecho civil patrimonial, Madrid, 1970, pág. 45) que el verdadero "orden público económico" se sustenta sobre un principio básico cual es la idea de que todo cambio de bienes y servicios entre las personas debe estar fundado sobre el postulado de la conmutatividad.

El equilibrio real de las prestaciones en el intercambio de bienes y servicios se presenta como una exigencia de justicia (conmutativa) que de ninguna forma puede darse por supuesto en un plano formal o impuesto por decreto, sino que exige la consideración de la equidad en su verdadera dimensión, con las respuestas inmediatas del orden jurídico.

La justicia expresada a través de la equivalencia de las prestaciones hace a la esencia misma del derecho, y, en particular, del derecho contractual.

Con acierto RAMON DIAZ ("Espontaneidad versus Racionalismo" en Diario El Observador del 6 de mayo de 1995) señala que la civilización es un orden extenso, articulado en una serie de subórdenes -o economía, el derecho, lo moral- mutuamente interrelacionados. Se trata de que el orden económico se apoye sobre el moral, a la vez que es tributario, ineludiblemente, del jurídico, y todos estos órdenes se encuentran en crisis.

Pensamos que esta crisis en lo que al sistema jurídico se refiere se debe precisamente a que se pretende cambiar con prescindencia de los dictados de los demás subórdenes económico y moral. Con toda paz se admite como paradigma que las prestaciones de bienes y servicios, en cuanto emergentes del contrato, deben mirarse como equivalentes, no imponiendo que esto sea o no real. Esto se admite como verdad incuestionada, se difunde y se trata de justificar como presupuesto de todo el sistema contractual "nada más absurdo que dar por cierto algo que se conoce no responde a la realidad, he aquí el verdadero origen de la crisis".

Efectuar referencias a la consideración del "orden público" puede resultar para unos un tanto etéreo, impreciso, inseguro, o metajurídico.

Por el contrario, este concepto, que para muchos infunde verdadero temor, conforma la realidad de nuestro

ordenamiento jurídico, teniendo sus raíces más profundas en la misma Constitución de la República, y en lo que conforma un verdadero "Derecho Civil Constitucional".

Por esta vía el derecho privado se ha impregnado legítimamente de una verdadera función solidaria y social conforme a la cual el ejercicio de los derechos no se justifica en una visión individualista, sino en atención al bien común y la solidaridad social. La función social de ciertos derechos delimitará su contenido y la forma en que puedan ser ejercitados.

Cuando la norma nos dice que los contratos o sus cláusulas no podrán contravenir el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículos 8 y 1288 del Código Civil), en realidad nos están indicando que, en definitiva, la iniciativa que parte del principio de la autonomía de la voluntad privada no puede apartarse del principio de buena fe; no puede manifestarse contra la utilidad social, o de forma que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad de la persona (artículos 7 y 72 de la Constitución).

La "sacralidad" de la autonomía de la voluntad tuvo su razón de ser en la época del individualismo y liberalismo, por entenderse que era justo lo que se consideraba libre. La justicia formal impuesta por principio supone la justicia sustancial. Hoy está claro que la autonomía de la voluntad tiene altos límites, y se plantea precisamente la existencia de abuso en el ejercicio de estas libertades o derechos cuando se afecta la misma dignidad de las personas.

Junto a las exigencias que surgen de las normas imperativas están las pautas que señalan el orden público y las buenas costumbres, de las que surgen parámetros de conducta debida en atención a un interés general y a la necesidad de acceder a soluciones conformes a una mayor justicia distributiva.

En este nuevo "orden público económico" se fundan las cada vez más frecuentes medidas tendientes a limitar la autonomía de la voluntad en el entorno del interés general. Tal orden público económico tiene que ver con el sistema económico que cada sociedad adopta en un momento determinado de la historia.

Así entendida, este orden público suministra ciertos principios jurídicos que inspiran y presiden la organización económica que cada sociedad adopta en un momento determinado de su historia; tales principios constituyen, por su rango, una fuente supletoria de derecho y se ofrecen como criterios básicos con arreglo a los cuales debe ser interpretado y aplicado todo el orden jurídico" (DIEZ PICAZO, Fundamentos, t. I, pág. 43).

Uno de los principios sustanciales de este orden público económico es precisamente el de la **conmutatividad**.

al que ya hicimos referencia en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, Teoría de la imprevisión, pág. 70) y al de cooperación y asistencia recíproca al que alude BETTI (Teoría general de las obligaciones, t. I, pág. 2) al enseñar que en la relación de obligación se resuelve el problema de cooperación; esta idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del derecho de las Obligaciones.

Estos principios, que sin duda fienden a una mayor solidaridad social, nos llevan de la mano a reprimir con dureza a las cláusulas abusivas que suelen ser el resultado de la desinformación o del mero sometimiento del débil frente al fuerte. Como bien lo señalara WAYAR ["Compraventa y permuta", pág. 436] aquí por débil no debe entenderse sólo al que se encuentra en una clara inferioridad patrimonial, sino que refiere incluso a aquellos que, encontrándose en similar situación económica, deben someterse a la parte que abusa de una determinada situación.⁴

8. CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Dentro del género de las cláusulas abusivas tanto en la legislación como en la doctrina moderna se han diferenciado diversas "especies" como son las denominadas cláusulas sorpresivas y las cláusulas engañosas.

8.1. Cláusulas sorpresivas

Se consideran tales aquellas que aparecen excepcionalmente en ciertos contratos, siendo realmente imprevisibles para una de las partes desde el momento que su utilización no es habitual. Como señala STIGITZ (Derecho y defensa del consumidor, pág. 240) se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia. Ello sin perjuicio de que provoque por su contenido una desnaturalización de la relación de equivalencia. Es de estilo que los países que regulan expresamente los derechos de los consumidores establezcan que "la publicidad integra el contenido del contrato". (ORDOQUI CASTILLA "Protección a la confianza: integración de la publicidad al contrato" Anales del Foro N° 121). Así, por ejemplo, si se estableciera una cláusula en la que se señalara que lo dicho en la publicidad no integra el contenido del contrato, sería una cláusula inesperada o sorpresiva.

En la ley alemana (párrafo 3) textualmente se establece: "No se consideran incluidas en los contratos aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiere podido contar razonablemente con su existencia".

La utilización de contratos por adhesión o similares se presta para incluir sorpresivamente cláusulas que bien

⁴ DIEZ PCAZO en una ponencia que realizó en el año 1988 en un congreso marx-leninista organizado por la Universidad de Lima (PERU) y la ASSIA, comenzó por enseñarnos que la persona tiene ciertos "intereses vitales" que guardan relación con el libre desarrollo de la personalidad individual y con el principio cardinal de la libertad de la persona. Dentro de la variedad de intereses vitales está el que el autor denominara "la independencia y la libertad real de la persona, que sólo encuentra soporte auténtico con la posesión de un conjunto de bienes que permiten el desarrollo y la existencia mismo de esa libertad".

Se planteó luego la posibilidad de que a través del contrato se pudiera afectar de tal forma la situación patrimonial del deudor "más allá del límite de lo razonable" que terminara por afectar sus propios intereses vitales.

Existe un principio general de derecho derivado de la norma que impone la buena fe en el desarrollo de las obligaciones contractuales, según el cual hay un límite para el sacrificio del deudor, más allá del cual la vinculación no puede continuar, y este límite lo marca la afectación a los intereses vitales". Esta misma idea en nuestra doctrina trasciende a través de ciertas normas que han dispuesto la inembargabilidad de ciertos bienes que en definitiva no son más que la expresión del principio general antes referido.

En consecuencia, de lo expuesto entendimos que se deben considerar abusivas aquellas cláusulas contractuales que terminen por afectar los intereses vitales del deudor de forma que afecten finalmente su verdadera libertad y dignidad.

La abusividad que se traduce en ciertas cláusulas que regulan por ejemplo intereses; penalidades... que llevaron seguramente a una excesiva onerosidad de la prestación, situación que en muchos casos es perfectamente evitable por el acreedor y en relación a lo cual el deudor no cuenta con la posibilidad de decir que no. Tal lo que sucede si de ello depende una refinanciación de una deuda que se consiente para evitar la ejecución inminente. Nuestra país en la década de 1980 vivió una triste experiencia como consecuencia de lo cual "ruptura de la tablita mediana" (el país al cual del valor de la moneda), las ecuaciones económicas que originalmente llevaron a que las prestaciones se consideraran como equivalentes, quedaron sustancialmente distanciadadas de forma que la exigibilidad de cualquiera de las cláusulas que referían a estas ecuaciones económicas se convirtió en algo francamente abusivo. La reacción de nuestra jurisprudencia ante semejante hecho fue por cierto lenta y temerosa en admitir rápidamente soluciones justas a través de interpretaciones que flexibilizaron un actuar conforme a derecho en la aplicación, por ejemplo, de la denominada Teoría de la imprevisión.

Tal situación que convertía a las cláusulas en abusivas por hechos sobrevinientes (variación sustancial del valor de la moneda) y ante la eventualidad inminente de ejecuciones de toda índole, llevó a que los gobiernos de turno en lugar de hallar la regulación de mecanismos que permitieran una revisión realista de los contratos en forma directa, intervinieron sobre las ecuaciones económicas de los mismos a través de una serie de "Leyes de refinanciación" que, en definitiva, no eran más que rebajas en los endeudamientos ante situaciones de clara injusticia, que podían llegar a afectar los "intereses vitales" de los ciudadanos.

se sabe no van a ser meditados o pensados por la parte adherente. Se trata, en definitiva, de protegerla confianza que deposita el adherente o consumidor en el empresario o proveedor.

La ponderación de las denominadas cláusulas sorprendentes, insólitas o inusuales supone considerar si los clientes o las personas a las que va dirigida la misma, podían razonablemente esperar la presencia de una cláusula semejante.

Para ello debe tenerse en cuenta las representaciones mentales que se hace, no el predisponente, sino el adherente (AGUILA REAL, *Ob. cit.*, pág. 250).

La determinación de este tipo de cláusula pasa por tres etapas: determinar cuales eran las expectativas legítimas y razonables que podía hacerse el consumidor (cliente) respecto del contenido del contrato; debe considerarse el significado de la denominada cláusula insólita o sorprendente y por último deben valorarse el grado de novedad o apartamiento de lo que es normal para este tipo de contratos, apreciando si esta variación aparece de causa justificada.

La determinación de la existencia de "sorpresas" en la contratación pasa por considerar en primer lugar las circunstancias que rodearon la formalización del contrato: lo que se señaló en la publicidad, la posible creación de ciertas apariencias que no respondían a la realidad y que indujeron a la adhesión. Así, cuando la publicidad crea una determinada expectativa sobre aspectos concretos de la negociación, caracteres del bien o del servicio; previos o formas de pago... que luego se advierte que no se vieron reflejados en el contrato.

Otro criterio para determinar lo sorprendente de una cláusula se encuentra en la ponderación de la cláusula frente a la naturaleza del contrato. O sea, si la cláusula desvirtúa el tipo de contrato de que se trata y le hace perder al mismo su función caracterizadora.

Toda cláusula represiva, además de tener este carácter debe ser, en cuanto a su contenido, "abusiva". En realidad estas cláusulas son abusivas con la peculiaridad de que, además, se utilizaron artilugios o engaños complementarios. El consumidor confía en la lealtad del proveedor y que éste no lo engañará. Por su parte el que emplea este tipo de engaños trata de crear una apariencia de seriedad para inspirar esa confianza. En estas circunstancias, el grado de intencionalidad con el que se programa el abuso es sensiblemente mayor.

A modo de ejemplo se consideran cláusulas represivas aquellas que buscan, por ejemplo, formalizar proyecciones futuras de contrato haciendo que la parte esté obligada a contratar en el futuro con determinada

empresa o en determinadas condiciones. En otros casos se abrevian los plazos de las caducidades o se cambia la distribución de riesgo de la forma como se venía haciendo hasta el momento.

8.2. Cláusulas engañosas

En muchos casos el abuso no aparece sólo en querer imponer un descorado desequilibrio económico en la prestación, sino que de lo que se trata es de preparar una estrategia de engaño como resultado de lo cual, al adherente le sea muy difícil, sino imposible, poder conocer de qué se trata el denominado contrato.

Así, una cláusula es engañosa cuando por su tamaño, por la forma de presentación, por el lugar donde se ubica para ser leída... queda a las claras en evidencia que se trató de engañar al adherente, pues pretender que sea leída la "maraña tipográfica" que se propone, sólo podría ser posible con "una lupa" o instrumental adecuado con que por cierto no cuenta el usuario o consumidor en el momento de requerir el bien o servicio.

Una cláusula es engañosa cuando su utilización se coordina con la realización de publicidad que primero busca captar la confianza o el interés del producto y luego en ese clima de engaño, se hace más propicia la inclusión de cláusulas que además de abusivas, se aceptan en un clima anteriormente preparado con la clara intención de inducir a engaño al consumidor.

Una cláusula es engañosa cuando emplea términos técnicos o confusos que tienden a esconder su verdadero significado. Se le pone delante del contrato una verdadera careta, detrás de la cual se esconde el verdadero rostro de lo que se quiso dar por aceptado.

Una cláusula o un conjunto de cláusulas son engañosas cuando no se le brinda a la contraparte la información mínima imprescindible sobre lo que realmente contiene el contrato. El adherente en la mayor parte de los casos no se da cuenta de lo que "le hacen firmar", siendo éste otro factor externo que prueba la existencia de toda una estrategia de engaño.

Una cláusula o un conjunto de cláusulas pueden ser engañosas cuando utilizan el reenvío a documentos que no están al alcance del adherente, lo que significa aceptar lo que fehacientemente no se tuvo ocasión de leer.

A modo de síntesis, éstas y otras circunstancias terminan por evidenciar la existencia de una estrategia de engaño implícito en las cláusulas, más allá del hecho de que en su contenido intrínseco en lo que a los aspectos económicos se refiere, importen además la existencia de graves desproporcionaciones en las obligaciones asumidas por las partes.

El engaño al adherente puede causarse desde dos puntos de vista: el primero en lo que respecta al contenido real de la cláusula, y el segundo respecto a la forma como se presenta la cláusula. En este caso, la falta de legibilidad; el "maquillaje" (BERLIOZ, Ob. cit., pág. 37) con que se presentan para disimular el contenido real; la remisión a otros documentos que no dispone el adherente,

9. EFECTOS DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Las consecuencias de la cláusula abusiva dependerán, en última instancia, del rol que ésta cumple en el contrato y de la situación de desequilibrio que se produzca en la eventualidad de que se elimine lo abusivo.

En la cláusula Sexta de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea, tantas veces referida, se señala con claridad que los Estados miembros establecerán que: "no vincularán al consumidor... las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato sigue siendo válido para los partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". O sea, el criterio es despojar al contrato de lo abusivo y si es posible mantener la validez del contrato. Así, la nulidad parcial parece ser la regla y la nulidad total sólo cuando esto resulta necesario.

En cuanto a la naturaleza jurídica del fenómeno que se da ante la presencia de una cláusula abusiva, debemos considerar si la misma determina o refiere a la esencia del contrato en cuyo caso estaremos ante un caso de objeto ilícito (art. 1288 del C.C.). Así, por ejemplo, la cláusula que exonera de responsabilidad por hechos dolosos.

Corresponde refrescar aquí la idea de que en nuestro derecho lo ilícito no es sólo actuar contra la legalidad sino apartarse de todo lo que supone el respeto de la moral, el orden público, los principios generales del derecho y de los contratos (como el actuar de buena fe) tema que por cierto desarrolla PERANO FACIO con su habitual maestría ("Responsabilidad Extrac contractual" N° 133, pág. 249).

9.1 Nulidad Virtual

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existen aún normas que en forma clara regulen lo relativo a las cláusulas abusivas, nuestro razonamiento debe partir de lo que con toda claridad prevé el artículo 8 del Código Civil al señalar: "la renuncia general de las leyes no surte efectos. Tampoco surte efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas; lo hecho contra éstas será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario". En consecuencia, cuando el acto es ilícito (la cláusula es ilícita)

la consecuencia inmediata es la nulidad lo que supone la privación de los efectos propios o normales del acto.

En esta instancia corresponde plantearnos el hecho de que para muchos casos no existiría un texto que con relación a determinada cláusula imponga como consecuencia la nulidad. De donde podrá decirse que no existe nulidad sin texto expreso habilitante. Partiendo del principio de la especialidad o taxatividad de las nulidades podría volverse difícil la aplicación de las consecuencias anulatorias. Sucede que en nuestro derecho a partir precisamente del artículo 8; del artículo 1288; 1261 del Código Civil se siguen criterios generales de donde se llega a la nulidad en forma "implícita" o "virtual" sin texto expreso.

En nuestra doctrina se ha suscitado una interesante polémica acerca de la consagración de las nulidades virtuales: GAMARRA (I, XVI, página 22), señala que PERANO FACIO no admite las nulidades virtuales pues invoca el principio de que no hay nulidad sin ley que las establezca, mientras que en su opinión la categoría de las nulidades virtuales se impone necesariamente.

PERANO aclara que la determinación de la legalidad de la nulidad no quiere decir que la ley deba de emplear necesariamente el término nulidad.

Lo que sí es cierto es que para que se pueda pensar en nulidad debemos partir de un criterio, que al menos en forma genérica parte de la norma, se entienda ésta en su alcance formal "strictu sensu" o integral. (Ley, moral, orden público, principios generales, etc.).

Cuando se parte del artículo 8 del Código Civil, o del artículo 1288, no se está ante casos de nulidades virtuales si por tales se entienden aquellas en las que la norma nada dice acerca de las consecuencias que procure la irregularidad de que se trate.

Claro está que la "nulidad" es la sanción con la que el orden jurídico manda respuesta a la cláusula abusiva en la medida en que la misma importa una transgresión al orden público o las buenas costumbres o bien importa un claro apartamiento del comportamiento debido, atento al principio que impone un actuar de buena fe.

Según la entidad de lo que resulta afectado del contrato por la cláusula abusiva, la consecuencia podrá ser la existencia de una nulidad absoluta o parcial no siendo necesario una descripción exegética por parte de la norma para poder tipificar este tipo de sanciones.

9.2 Nulidad Parcial

Con respecto a la determinación del tipo de nulidad que puede causar una cláusula abusiva o prohibida

debemos estar a las consecuencias que la misma puede desplegar sobre todo el negocio creyendo a la finalidad práctica seguida por las partes y considerando muy especialmente el principio de la conservación del contrato.

En consecuencia, si la nulidad de la cláusula no afecta la esencia del negocio la validez de las restantes cláusulas no se verá afectada siendo de aplicación otro principio que refiere a la "incomunicabilidad de la nulidad" o sea, que no necesariamente la nulidad de una cláusula motiva la nulidad de todo el contrato [VON TUHR, Derecho Civil, t. IV, pág. 314]. Es perfectamente posible declarar la "nulidad parcial" de un contrato.

La declaración de nulidad parcial de alguna cláusula que se considere abusiva plantea de inmediato otro problema que es el de si es posible mantener el contrato sin esa cláusula o bien, si es necesario sufrir esa omutación integrando el contrato de acuerdo a las reglas generales.

Con carácter general el derecho comparado en el tema se pronuncia por la admisión de las nulidades parciales y si la subsistencia de las cláusulas que quedan vigentes determinan soluciones injurias, el juez debe integrar el contrato de acuerdo a las reglas generales del derecho contractual.

Sin pretender profundizar en el tema de las nulidades parciales, el aspecto central a dilucidar en estos casos radica en la incidencia que puede tener la nulidad parcial sobre el negocio jurídico en su totalidad. [BETTI, "Teoría General del Negocio Jurídico", pág. 366] señala que en estos casos es posible tanto la solución según la cual la invalidez se mantiene como parcial, circunscrita a la parte del negocio afectada, o bien, puede ocurrir que la parte viciada por su importancia crasista de sí, y someta a régimen de invalidez, también a la parte sana del negocio dando lugar a su invalidez total.

En nuestro derecho no se ha regulado con carácter general la nulidad parcial de una cláusula sino que, al igual de lo que ha ocurrido en sus antecesores [Código Civil francés, chileno o español] aparecen reguladas en casos concretos de nulidad de ciertas cláusulas: así en las sociedades es nula el pacto leonino [art. 1878 del C.C.]; la nulidad del pacto comisorio en la hipoteca [art. 2338 del C.C.]; es nula la cláusula de reserva del poder de disposición en la donación [art. 1627 del C.C.] etc.

En el derecho comparado algunas legislaciones regulan en forma expresa el tema: Así en el párrafo 139 del Código Civil Alemán se prevé: "si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que deba entenderse que el negocio jurídico hubiera sido celebrado sin la parte nula". Por su parte en

el artículo 1419 del Código Civil Italiano se establece: "la nulidad parcial de un contrato y la nulidad de singulares cláusulas del mismo atacan la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad".

En realidad ambas normas están a lo que pueda surgir de la voluntad de las partes diferenciándose en la diversa imposición de la carga de la prueba.

En nuestro derecho no existen normas similares pero, como vimos, existen regulaciones de casos concretos en los que se establece la nulidad parcial. Creemos que es posible pensar en nuestro derecho en nulidades parciales en la medida en que éstas no afecten los aspectos estructurales básicos del negocio.

En otro orden ciertas directivas que rigen en materia de interpretación de contratos nos indican que "las cláusulas susceptibles de dos sentidos, el uno de los cuales resuelve la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero". O sea, que en el caso de duda entre la nulidad o validez debe de optarse por este último caso y de aquí deducimos que si la duda está entre la nulidad absoluta o la nulidad relativa debería de optarse por este último caso. El principio de la conservación del contrato proyecta sus efectos en estas circunstancias de forma de que en lo posible tendiese a mantener la existencia del contrato, aún en el caso de que alguna de sus cláusulas sea inválida.

Resultado esencial para la comprensión de las soluciones que se dan a los casos de nulidad parcial por cláusula abusiva o ilícita, considerar la autonomía de la voluntad, reconocida como creadora del negocio jurídico, no despliega sus efectos por su sola esencia sino que en su activación determina ciertas consecuencias, ciertos efectos jurídicos que surgen del mismo ordenamiento jurídico dispositivo según cada caso.

Tales efectos -como bien lo señalara BETTI (Op. cit., página 47)- se producen en cuanto están dispuestos por las normas, las cuales acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada se remiten a él como supuesto necesario y suficiente. Nos interesa destacar aquí que en definitiva, es la ley la que determina la mayor parte de los efectos jurídicos que despliegan los actos nacidos de la autonomía de la voluntad.

Existe una cierta tendencia en exogerar los alcances reales de la autonomía de la voluntad que lleva a pensar que, en definitiva, ésta es omnicreadora pues opera no sólo en forma directa por lo que se declara sino también en la esfera de las presunciones considerándola que se debió tener en cuenta, o lo que pudo ser considerado por las partes cuando existiendo ausencia de voluntad es necesario tener un vacío. MOSCO ("Lo

conversión del negocio jurídico", Napoli 1947, pág. 43) con precisión redondea esta idea señalando que los efectos negociados derivan inmediatamente de la voluntad privada y mediatamente de la ley destacándose que no todos los efectos del negocio derivan de la voluntad privada sino también de la norma dispositiva.

Autores del prestigio de CARIOTA FERRARA ("El Negocio Jurídico", Madrid, 1936, Pág. 99) sostienen que en el caso de omisiones de previsión por las partes acerca de un aspecto importante del negocio o aún en los casos en los que debe procederse a la sustitución de la voluntad expresada en una cláusula dispuesta como abusiva o ilícita es preciso "buscar aquella voluntad que las partes hubieran podido tener, no una que hayan efectivamente tenido, ya que se ignoraba la eventual invalidez del negocio". Sobre esta "voluntad hipotética" sería posible para el autor reconstruir el negocio teniendo en cuenta el objeto práctico perseguido por las partes.

Pensamos que estas "teorías voluntaristas" son realmente riesgosas pues pueden terminar por convertir al derecho en una "ciencia-ficción" del momento que todos bien sabemos que esas voluntades hipotéticas o presumidas en realidad son inexistentes.

9.3. La Reducción conservadora de la Validez del Contrato

En doctrina se utiliza la denominación de "reducción" para identificar el resultado de la labor de integración que se realiza para suplir los efectos de la nulidad parcial de una cláusula contractual. La regulación sustitutiva que más se adapta a la realidad del contrato y la normativa dispositiva subyacente, supone "reducir" el contrato a la normativa vigente.

Esta operación suele denominarse reducibilidad del negocio o reducción conservadora de la validez (AGUILA REAL "Las Condiciones Generales de la Contratación", pág. 403).

Si la nulidad parcial se produjo por transgredir una "norma imperativa", la labor de reducción llevará a que se respete la norma por encima de lo establecido por el acuerdo de partes. Así, si se transgredió la norma relativa a plazos legales de tales o cuales productos o no se respetaron los máximos previstos en materia de intereses... en todos estos casos opera la nulidad parcial y se debe de aplicar estrictamente la norma violada [norma imperativa con eficacia sustitutiva]. (GORDILLO, "La Nulidad Parcial del Contrato con Precio Illegal", Anuario de Derecho Civil, 1975, pág. 101).

Desde nuestro punto de vista el derecho imperativo tiene función de modelo y de imperatividad de sus

objetivos. Configurando el presupuesto de aplicación no puede evadirse su vigencia recurriendo a la nulidad causada por la transgresión de la norma imperativa sino que debe prevalecer en sus efectos. Así, lo acordado por las partes debe "reducirse" o ajustarse a lo que imperativamente impone el orden jurídico vigente.

El propio Código Civil en distintas circunstancias aplica la figura de la reducción para mantener la validez del contrato así tenemos la reducción de los denominados donaciones inoficiosas (art. 1640), la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan las legítimas (art. 890), la reducción de la obligación del fiador a los límites de la asumida por el deudor fado (art. 2106), de ello se deduce que existiendo una norma imperativa debe respetarse con carácter general su alcance y ajustarse la realidad negocial a lo que de ésta surja.

No existiendo normas imperativas podría pensarse en primera instancia que en la labor de integración puede recurrirse a la voluntad presunto o hipotética de las partes. Ocurre que en los contratos por adhesión precisamente lo que faltó fue negociación del contrato y lo único que tenemos es una predisposición unilateral. Por ello no es posible en el caso recurrir ni aún presumiblemente a voluntades hipotéticas. En estos casos se debe recurrir a las normas dispositivas propias del tipo contractual de que se trata.

La reducción al derecho dispositivo vigente surge impuesto por lo ordenado por el artículo 1291 inciso 2 del Código Civil. El recuso al derecho dispositivo y en su defecto a los usos, la equidad y la buena fe, constituyen una forma adecuada de integrar el contrato ante casos de nulidad relativa.

En nuestro derecho se ha sostenido que en situaciones de nulidad parcial, debe procederse a reconstruir la voluntad de las contratantes (GAMARRA "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", t. XVI, pág. 101). En concreto debe establecerse cuál hubiera sido la voluntad que habrían tenido (las contratantes) si hubieran sabido que una parte del contrato está privada de eficacia.

Pensamos que no se trata aquí de inventar "voluntades presuntas" que bien se sabe nunca existieron sino que en estos casos debe transitarse por otro camino que es el de la integración del contrato a través de lo que con toda claridad ordena el artículo 1291, inciso 2 del Código Civil. El vacío que deja la cláusula anulada cuando no afecta la validez total del contrato debe suplirse entonces por una labor de integración y no de captación de voluntades "fantasmas".

La regulación del tema de la nulidad parcial de los contratos por contener cláusulas abusivas dentro de la

formal de la protección al consumidor, pasa por el hecho de que en la generalidad de los casos disponer la nulidad total puede ser perjudicial incluso respecto a quien se trató de obtener una ventaja injusta con la cláusula abusiva (consumidor). El consumidor que formalmente aparece como un adherente a un determinado contrato puede verse más perjudicado con la nulidad total que con la parcial referida sólo a cierta cláusula. El riesgo de hacer caer todo el contrato por pedir la nulidad relativa de una cláusula podría llevar incluso a que no se planteara ni siquiera esta hipótesis.

Si lo abusivo o ilícito de la cláusula se concretó en haberse apartado de una "norma imperativa" lo lógico es que la integración se realice con el respeto debido a dicha normativa.

Como es sabido el contenido del contrato surge de lo acordado por las partes y el efecto del mismo surge de la coordinación de la querida por las partes con la que surge del ordenamiento jurídico vigente (normas imperativas o dispositivas) que opera en muchos casos en forma supletoria y complementaria. Siguiendo un orden lógico el juez debería comentar por analizar en cada caso si las partes previeron la eventualidad de la nulidad de la cláusula en cuestión. Descartada esta hipótesis, que se considera por cierto poco probable, al amparo de lo establecido por el artículo 1291, inciso 2 del Código Civil dado que los contratos no obligan sólo a lo que en ellos se expresa sino a "todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley" debemos considerar si de estos elementos surgen pautas para proceder a la integración parcial del contrato. Así, si existe "norma dispositiva" que pueda aplicarse en forma supletoria deberá de hacerse.

Si ella no ocurre debería de partirse de "la naturaleza del contrato" celebrado, ponderar los equilibrios de las prestaciones propios de tal o cual tipo contrac-

tual, y proceder a la integración de lo anulado conforme a los pautas de equidad o las que se remite la norma señalada.

El derecho dispositivo en estos casos tiene la función de suplir la voluntad de las partes no sólo cuando ésta está ausente por omisión en las previsiones sino cuando ésta es eliminada en parte por cuestionamiento de su legitimidad.

Consideramos que en este proceso de integración la aplicación del principio de la buena fe constituye el principal instrumento de carácter genérico puesto por el ordenamiento jurídico a disposición del juez con el fin de que éste pueda realizar un control efectivo realista y justo de la ecuación económica del contrato. En el derecho contractual clásico se recurría a las voluntades "presuntas" o "hipotéticas" pero pronto se advirtió la ficción que estaba insita en todo esta línea argumental, desplazándose entonces el punto de análisis a la ponderación de la misma naturaleza del contrato (causa) y la justificación económica del intercambio a luz de un proceder de buena fe. A la hora de tener que suplir las deficiencias causadas por la nulidad relativa que pudo determinar una cláusula abusiva el poderón rector en el fenómeno de la necesaria integración que debe realizarse al contrato parte del principio de la buena fe.⁵

10. JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia se ha planteado el tema de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad, particularmente en la esfera del contrato de transporte y específicamente en relación al contrato de transporte marítimo.

Se ha entendido que la validez de estas cláusulas está condicionada a que el acuerdo de voluntades sea inequívoco y no existan dudas sobre lo acordado.

⁵ En nuestro país en el último Proyecto de Ley sobre Derechos del Consumidor realizado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo, sobre este tema en particular se prevé: Artículo 17- Nulidad del contrato.- "En el caso de que el elemento viciado del deber de actuar de buena fe en la etapa previa de conclusión del contrato o en su celebración, o transgrede el deber de información, o bien haya utilizado publicidad engañosa o desleal, el consumidor tendrá derecho a demandar según su interés, la nulidad total del contrato o la de una o más cláusulas.

Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente operará la integración del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor tendrá derecho a ser indemnizado".

En la redacción de esta norma es la que se siguen las pautas de las antecesoras leyes leyes, españolas, y argentinas, se tiene por idea central el criterio de que si está en un apartamiento de las normas de carácter de orden público, porque se actuó con abuso al no informar, al utilizar publicidad engañosa, lo que se pretende no es que desaparezca el contrato, sino que el mismo sea eficaz en la medida de la conveniencia del consumidor que fue la parte afectada, sobre pautas y parámetros que impongan el respeto de las normas que se intentó dejar de lado. En la época clásica sólo se hubiera pensado en la desaparición del negocio; hoy la solución pasa por la transformación y ajuste a la normativa vigente.

La solución que se propone por vía legislativa es importante pues, aplicando los principios generales, una cláusula abusiva determina en principio una nulidad en el objeto del contrato, confirmando un objeto ilícito (artículos 8 y 1298 del Código Civil), siendo su consecuencia la nulidad absoluta del contrato. La solución legislativa propuesta pasa por poder solucionar parcialmente la irregularidad que evidencia tal o cual cláusula, ajustando por vía de integración el contenido del contrato.

Con acierto se ha puesto el acento en la determinación de la existencia de consentimiento real en estos casos con referencia a la cláusula imitativa de responsabilidad.

En cierta ocasión (L.J.U., LXXVIII, caso 10.028, sentencia de 16 de marzo de 1983 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. turno) se entendió que no es posible deducir una aceptación expresa de los denominados contratos tipo (o por adhesión) con cláusulas preimpresas o preordenadas unilateralmente (en este sentido L.J.U., t. XCIV, caso 10.771, sentencia de 20 de marzo de 1985 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1er. turno; t. XCI, caso 10.408, sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. turno).

Otras sentencias admitieron este tipo de cláusulas sin limitaciones de especie alguna (L.J.U., t. XCII, caso 10.250, sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. turno).

En síntesis, en nuestro derecho "doctrina y jurisprudencia postula en la validez de las cláusulas imitativas y exonerativas de responsabilidad, porque ellas no son contrarias al orden público ni a las buenas costumbres; porque aun formando parte de un contrato de adhesión, su validez no se discute en virtud del principio de autonomía de la voluntad, requiriéndose solamente la justificación de que existió consentimiento libremente expresado o prestado por la parte débil del contrato; y porque la validez del consentimiento no puede ponerse en duda mientras no se pruebe la existencia de violencia, pues la presión económica o social carece de tales características (Ver "Seguros. Otras formas de garantía y limitantes en las montas indemnizatorias, daño emergente, lucro cesante, daño moral" del redactor de este pronunciamiento, en el Primer Simposio Internacional sobre Responsabilidad en el Transporte Terrestre, Diciembre 9-10-11 de 1987, Editorial Ministerio de Transporte y Obras Públicas, pp. 255 y ss.). **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia N° 109 de 26/IV/89, Bermúdez (red.), Mercant, Olagüe.**

En los casos concretos de los contratos de garage, se entendió: "Configurado la obligación de custodia por cuanto el negocio es calificable como contrato de garage, no cabe la exoneración de responsabilidad del garajista, en base a la existencia de un cartel que lo exoneraba de toda responsabilidad en caso de hurto o incendio, por cuanto, amén de no estar probado debidamente la existencia de tal letrero en la época de sustracción del vehículo, resulta claro para la Sala que la colocación del mismo carece de efecto exonerativo de acuerdo a las consideraciones del Doctor De Cares y a la aplicación análoga del artículo 2283 del código civil". **Tribunal de**

Apelaciones en lo Civil de 4to. turno, Sentencia N° 1237 de 15/V/90, Alonso de Marco (red.), Perera, Burella.

Fue particularmente destacada una sentencia de fecha 19/IX/90, redactada por el Dr. Brito del Pino en el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. turno, en la que se analizó la validez de la cláusula de exclusión de responsabilidad existente en los contratos de juego de Tómbola. En tal sentido se dispuso:

"El artículo 11 de la Resolución de 6 de agosto de 1985 que integra el Estatuto del Juego de Tómbola, contiene una verdadera cláusula de exoneración o exclusión de responsabilidad al disponer "...no admitiéndose reclamación de tipo alguno cualquiera haya sido el caso que impide la entrada a dicho proceso..." de la apuesta efectivizada. Si se admite la plena validez de esta cláusula, la reclamación movilizadora a título de daños y perjuicios por el no ingreso al sistema de la bola de apuesta sino con fecha posterior a la del juego, podría desestimarse de plano. El Tribunal entiende que si bien es posible la inclusión de este tipo de cláusulas, no es admisible en la medida en que se pretendiera amparar conductas dolosas y/o de culpa grave. Se ha dicho, con razón, que el límite de la cláusula de no responsabilidad debe encontrarse en la posible violación de la regla moral, cuyo respeto ha asegurado la jurisprudencia, nulificando las cláusulas de exoneración de dolo o falta grave equivalente al dolo, no sólo porque la libertad contractual se detiene cuando se trata de escapar a la observancia del deber de no dañar a otro, sino en definitiva porque la ley civil debe proteger al hombre contra sus propias imprudencias y sobre todo contra la sorpresa de su consentimiento (Cfr. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, pág. 59, N° 28 y pág. 257, N° 132 citado por REZZONICO en *Contratos con cláusulas predisuestas*, pág. 499, Ed. Astrea). También GAMARRA, tras reconocer que nuestro Código no prevé la tutela adecuada para el contratante débil, en estas situaciones admite arribar a las situaciones de justicia con el auxilio de principios consagrados legalmente, como el de la buena fe, la moral, etc. (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVII, pág. 257). El mismo REZZONICO (*Ob. Cit.* Pág. 305) liza su posición en el sentido que viene de apuntarse, al afirmar que el principio y la regla moral custodian la desleal utilización de las cláusulas de exclusión de responsabilidad, las que en oportunidades pueden significar una calle cerrada para el cliente. O sea que, en principio, parece más conforme con la intención de los contratantes, así como con la libertad y el efecto obligatorio de las convenciones, admitir las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, con la salvedad de aportar a ese principio las limitaciones in-

dispensables, que es lo que hace la jurisprudencia al declarar sin valor las cláusulas de no responsabilidad cuando hay dolo o culpa grave. Ello no sucede en el caso". *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia N° 241 de 19/IX/90, Bula del Pleno (red.), Fernández Rey, Harriague, Varela de Matto* (discorde por los siguientes fundamentos: "En autos ha quedado probado que el cupón que llenara el actor no ingresó al sistema, según surge del informe; es decir, que la apuesta se realizó, y hay culpa en el sentido amplio, de quien recibió la apuesta y no puso la boleta correspondiente en la caja que se lleva la Banca para participar en el juego. Entonces, el actor debe ser indemnizado en la suma que perdió de ganar, por la negligencia o culpa o dolo de quien recibió la apuesta, o eventualmente, la boleta, y no la depositó en la forma debida, prelación que está implícita en la demanda al pedirse daños y perjuicios que no pueden consistir más que en los que debió ganar y no ganó).

Se ha sustentado la validez de estas cláusulas limitativas de responsabilidad sobre la base de diferentes argumentos:

- el artículo 1347 del código civil contempla la posibilidad de liquidación convencional de los daños y perjuicios (artículo 244 del Código de comercio) por lo que queda claro que el tema no responde al orden público;
- a texto expreso en el artículo 2153 del código civil se prevé la posibilidad de transar sobre lo que se haya reclamado con relación a los acciones civiles que surgen de un delito (o cuasidelito);
- existen ciertos casos de limitaciones legales concretas sobre la responsabilidad: artículo 1699: Las partes pueden hacer más extensiva la garantía por saneamiento y hasta pueden eximirse de esta garantía, pero no se puede liberar de hechos posteriores personales y de los anteriores que no lo informó debidamente.

El artículo 1719 del código civil, con referencia a los vicios ocultos, aunque se haya pactado que no se responde por ellos, se responderá por los que se tuvo conocimiento y no se dio noticia al comprador.

Las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad sólo se admiten respecto de transporte de cosas, pues con referencia a las personas, impera la "obligación de seguridad", conforme a la cual todo lo concerniente a la integridad psíquica de la persona no es negociable. La Suprema Corte de Justicia sostuvo que en estos casos las cláusulas limitativas de responsabilidad, suponen un apartamiento del orden público (I.J.U. t. XXX, caso 3972 t. XXIX, caso 3966).

PARTE III

CLAUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR

11. GENERALIDADES

En los contratos, la abusividad con que ha actuado una parte sobre la otra puede evidenciarse en una cláusula o en varias cláusulas del mismo documento.

Del análisis de todo el entorno negocial surgirá la evidencia de que existe una situación de predominio contractual realmente notorio para una de las partes.

Pretender un enunciado completo de cuáles pueden ser estas cláusulas abusivas es realmente una "misión imposible" desde el momento que pueden referir a una gama ineliminable de materias, lo que llevaría a cualquier enunciado a ser incompleto.

La evolución en el estudio de este tema ha motivado que en las diferentes legislaciones se haya regulado la denominada "lista negra", o sea, el enunciado de las cláusulas prohibidas que adquieren esta calificación del momento que son las que se utilizan con más frecuencia para cometer abusos. Ello no quiere decir que las no incluidas queden admitidas, sino que el enunciado antes referido suele acompañarse una prohibición genérica a las cláusulas abusivas.

A los efectos de nuestro estudio realizaremos algunas consideraciones respecto a las denominadas "cláusulas abusivas clásicas" que son comunes.

En particular estudiaremos algunas de las cláusulas abusivas más frecuentes e importantes:

- cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad
- cláusula abusiva en la delimitación del objeto del contrato;
- cláusulas de aceptación de riesgos;
- cláusulas de rescisión unilateral;
- cláusulas de inversión de la carga de la prueba;
- cláusulas de cambio de jurisdicción;
- cláusulas de alteración del plazo de prescripción.

12. CLÁUSULAS LIMITATIVAS O EXONERATORIAS DE RESPONSABILIDAD

12.1. Introducción

Con frecuencia en las relaciones contractuales se advierte que una de las partes intenta prevenir, en el origen mismo de la relación negocial, cuáles serán las consecuencias de un eventual incumplimiento, teniendo

presente que normalmente éste aparece relacionado causalmente con un daño y con ello la obligación de resarcimiento.

Se nos presenta entonces el problema de resolver si las partes pueden acordar normas contractuales que limiten o dejen de lado las disposiciones que en el código civil regulan el resarcimiento del daño causado para los casos de incumplimiento contractual.

En concreto, de admitirse la validez de estas cláusulas se estaría dejando de lado lo que sobre el particular ordenan los artículos 1341 y 1342 del código civil, al establecer: "los daños y perjuicios sólo se deben cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación (art. 1336) o cuando la cosa que se había comprometido a dar o hacer no podía ser dada o hecha, sino en tiempo determinado que ha dejado de transcurrir".

Por su parte en el artículo 1342 se ordena: "el deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de falta de cumplimiento de la obligación, o de la demora en la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable".

¿Pueden las partes de común acuerdo dejar sin efecto la vigencia de estas normas que son en definitiva el "nervio motor" de todo el derecho contractual?

CARBONNIER (Droit Civil, t. IV, pág. 79 y ss.), enseña que es conveniente diferenciar las denominadas cláusulas de exoneración de responsabilidad, de las cláusulas que dejan sin efecto alguna obligación, que se imponen a la relación contractual en atención al ordenamiento jurídico vigente. En un caso lo que se exige es de la obligación de reparar el daño, en el otro lo que se deja de lado es la necesidad de tener que cumplir con cierta obligación que para el caso impone, por ejemplo, el código civil. Así, el código civil, como veremos, establece la obligación de cargo del propietario de mantener conservado el inmueble que se arrienda. Si se acuerda que el propietario en la relación arrendaticia no asume esta obligación, más que una cláusula de exoneración de responsabilidad es una cláusula de limitación de obligaciones, que por cierto es muy diferente.

12.2. Definición

Para GARCIA AMIGO (Ob. cit., pág. 94) son aquellos pactos incluidos en el contrato por los cuales las partes acuerdan preventivamente una limitación de responsabilidad que la ley dispositiva atribuye al deudor por el incumplimiento culpable de sus obligaciones.

En definitiva, son aquellas cláusulas establecidas en favor del deudor de una prestación por las que éste se exonera de tener que resarcir los daños que pudiera causar el incumplimiento total o parcial a la persona o a los bienes del co-contratante. Como dice DE CUPIS (Il danno, Milano, 1979, págs. 534 y ss), las cláusulas limitativas reducen la medida de lo resarcible, mientras que las exonerativas excluyen la relevancia jurídica del daño. O sea, por estas cláusulas pueden neutralizarse los efectos de la responsabilidad o variarse el "quantum" resarcitorio respecto de su medida normal.

REZZONICO (Ob. cit., pág. 496) con particular realismo crítica la definición de GARCIA AMIGO por entender que en este tipo de acuerdos en realidad nunca hay acuerdos o pactos entre el acreedor y el deudor. Quién en su sano juicio puede admitir que la persona que se obliga con él admita que no se responda en el caso de no cumplir lo acordado. Lo más común es que en estos casos exista imposición, ignorancia,

En definitiva, lo importante es que a través de estas cláusulas se desvían riesgos y responsabilidades, dejando de lado las previsiones del mismo derecho dispositivo en perjuicio del cliente o consumidor y en favor del proveedor o empresario.

12.3. Ventajas y desventajas en la utilización de estas cláusulas

Se ha sostenido que la empresa privada tiene sus mayores trabas en la multiplicación de riesgos y de situaciones que pueden poner en peligro su propia subsistencia. Su acción a través de dependientes o a través del uso de cosas inanimadas crea, sin lugar a dudas, nuevas situaciones de riesgo y el peligro de tener que llegar a pagar grandes sumas no previstas. Para no trabar el desarrollo empresarial y para poder calcular riesgos, estas cláusulas son esenciales. No debe olvidarse que en el derecho contractual moderno se han multiplicado las hipótesis de responsabilidad sin culpa, lo que sin lugar a dudas hace más necesarias este tipo de cláusulas desde el punto de vista de la empresa.

Por otra parte, estas cláusulas disminuyen los costos y permiten llegar al consumidor con precios menores. Estas cláusulas permiten calcular con mayor exactitud los costos reales y los beneficios que producirá tal actividad empresarial (GARCIA AMIGO, Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, pág. 65).

REZZONICO (Contratos con cláusulas predispuestas, pág. 188), con acierto puntualiza que por aborrecer costos no se justifican cláusulas que pueden resultar abusivas o ilícitas o injustas. Se cita el caso de una venta de extinguidores en la cual se estableció que la firma se

exonera de toda responsabilidad si no funciona el extinguidor.

Como desventaja se señala que estas cláusulas son una invitación a la impericia y a la negligencia, pues deja de importarse el hecho de que se cause o no un daño a la contraparte (STARK; Droit Civil; Obligations, Paris, 1972, n. 2141).

CARBONNIER (Ob. Cit., n. 79, Pág. 297) señala que es una verdadera contradicción el dar nacimiento a una obligación contractual y a la vez reservarse el derecho a no cumplirla.

Desde el punto de vista estructural se está eliminando un elemento que es sustancial a la obligación y que es el factor de coacción, la sanción para el incumplimiento.

Se le critica además que este tipo de cláusulas ha servido para dejar sin efecto los progresos que se venían logrando en la esfera de la responsabilidad contractual en su intento de proteger a la parte más débil de la relación jurídica.

12.4. Polémica acerca de la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad

En nuestro derecho se han suscitado posiciones controvertidas acerca de la validez de estas cláusulas.

Están quienes sostienen que estas cláusulas carecen de validez fundándose principalmente en la siguiente línea argumental:

- se entiende que estas cláusulas se apartan del orden público. Así, profesores como JIMÉNEZ DE ARéchAGA (R.D.J.A., t. XII, pág. 342 y ss.) fundándose en lo que ordena el artículo 8 del código civil al señalar que "la renuncia general de las leyes no surtirá efecto", en posición que se complementa con lo previsto por el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, en cuanto establece: "no pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". En toda la temática de la responsabilidad por incumplimiento contractual, estaría interesado el mismo orden público, razón por la cual no sería posible acordar nada en contrario.
- Se entiende además que con este tipo de cláusulas se podría estar transgrediendo lo previsto por el artículo 1253 del código civil, en la medida en que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, entendiéndose que cuando se limita o exonera la responsabilidad, estaría al arbitrio del deudor el cumplir o no, pues, en definitiva, no le apartaría ello mayores consecuencias.

- En esta misma línea argumental se cita lo preceptuado por el artículo 1413 del código civil en el sentido de que la obligación contractual bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de esta de la voluntad del deudor, es de ningún efecto.

La polémica se suscitó en nuestro derecho especialmente con referencia a las cláusulas de exoneración de responsabilidad que se utilizan en los contratos de transporte. Así, por sentencia de fecha 21 de diciembre de 1981 del tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2da. Torna (L.J.L., caso 9.806) se sostuvo la tesis de la nulidad de estas cláusulas, pues, en los hechos, no eran realmente aceptadas, pues se aplicaban a través de un contrato de adhesión.

En estos casos no existe una aceptación libre y consciente de estas cláusulas. En nuestro derecho se exige la responsabilidad del transportista "salvo cualquier convención expresa en contrato" (artículo 1087 inciso 2º del código de comercio). La utilización de un contrato por adhesión no puede considerarse como aceptación expresa en contrario.

La tesis que sustenta la validez de este tipo de cláusulas es hoy en nuestra doctrina y jurisprudencia de aceptación ampliamente mayoritaria, y se basa en los siguientes argumentos:

- nuestro derecho es claro en el sentido de que si bien la regla es la responsabilidad, puede esta exonerarse por acuerdo expreso entre las partes (artículo 1087 del código de comercio).
- no existe ninguna norma que prohíba expresamente este tipo de cláusulas, pero su admisión dentro de la tesis afirmativa se considera dentro de ciertas limitaciones o que se aludirá seguidamente y siempre que haya existido un verdadero y real acuerdo de partes.

Si por ejemplo esta cláusula de irresponsabilidad aparece escrita en la pared de un garage o en la puerta de un hotel aludiéndose que la empresa no se responsabiliza por robo, incendio, etc., todas estas cláusulas serían irrelevantes del momento en que concierdan de consentimiento por las partes.

La utilización de cláusulas de exoneración de responsabilidad o de limitación en la cuantificación de los perjuicios suponen un apartamiento del derecho positivo vigente que, si bien es posible realizar, debe, en principio, realizarse por acuerdo de partes. Cuando este acuerdo no existe y se impone unilateralmente por predisposición unilateral a través de los denominados contratos por adhesión, la

legalidad de la cláusula estaría condicionada a que su inclusión fenga justa causa.

La utilización de estas cláusulas de alguna forma evidencia un deseo o previsión de que podrá existir un apartamiento del cumplimiento de la obligación contratada. BENATTI (Contributo allo studio delle clausole di esonerazione responsabilità, Milano, 1971) señala que estas cláusulas no llaman la atención si su presencia encuentra contrapartida en la prestación y no afectan la posición igualitaria de las partes. Se acepta la cláusula porque el precio es menor, o porque ponderados los riesgos estas se aceptan. Pero cuando estas cláusulas se utilizan por la empresa para obtener ventajas indebidas con una falta de justificación objetiva, afectan la necesaria correlación entre deuda y responsabilidad como componentes básicas de toda relación obligatoria.

Con relación a la utilización de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en los denominados contratos por adhesión, se ha señalado que en estos casos su validez está condicionada a la ponderación de que realmente haya existido aceptación por parte del adherente. Se recuerda que en el artículo 1341 del código civil italiano se requería para la validez de estas cláusulas la aprobación por escrito de las mismas. Se busca con ello asegurar el conocimiento de estas cláusulas que se consideran especialmente desventajosas para el que las asume. La práctica pronto indicó que en realidad lograr esa "aceptación" por escrito en realidad no importaba un conocimiento de la cláusula, pues en el proceso de automatización y de despersonalización en que se actuaba, el fin buscado realmente no se lograba.

Habiéndose fracasado en lo que a controles formales refiere, en la actualidad los controles refieren exclusivamente a la ponderación del contenido de las cláusulas en el entorno de todo el contrato y las circunstancias que llevaron a él. Lo que importa entonces es considerar si estas cláusulas no suponen un haber actuado en forma incorrecta apartándose injustificadamente de aspectos que conforman el mismo tipo contractual que describe el orden dispositivo vigente.

Los cánones generales para ponderar lo abusivo o ilícito de la cláusula está, como viéramos: en la ley [lo que establece con carácter imperativo o bien lo que surge del propio derecho dispositivo que no se puede considerar como incondicionalmente renunciabile]. Para desplazar el derecho dispositivo se requiere una razón suficiente o una justa causa, pues este derecho dispositivo refleja la misma naturaleza

del contrato, y no es posible aferrar esta misma naturaleza sin una causa justificada de cara al derecho.

El derecho dispositivo no es un mero adorno, sino que cumple una función preceptiva, ordenadora fundamental que debe, en la posible, respetarse y continuarse. Aquellas normas que refieren a la "esencia tipológica" se legan a considerar como irrenunciabiles (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, Las condiciones generales en los contratos y la eficacia de las leyes Madrid, 1985, pág. 83).

Es entonces que el autor antes mencionado afirma que las cláusulas de exoneración de responsabilidad pueden impugnarse por distintos motivos: si se llega a un apartamiento serio con la justicia contractual; o con la buena fe; cuando en los hechos queda así a favor de una de las partes el arbitrio de cumplir o no con la prestación. En todos estos casos estará implícito un apartamiento del derecho aplicable y, en consecuencia, la cláusula en cuestión será nula por abusiva.

c) Se destaca el hecho de que la regulación de la responsabilidad, con carácter general, no es de orden público pues de lo contrario la ley no autorizaría limitaciones o exoneraciones por acuerdo de partes como ocurre con el artículo 1087 inciso 2º del Código Civil (en materia de contrato de transporte) o con el artículo 2283 del código civil (que regula la responsabilidad del hotelero por el depósito de cosas que tengo a su custodia).

d) El tema adquiere características especiales cuando se discute si este tipo de cláusulas insertas en el contrato por adhesión son válidas o por el contrario, no existiendo aquí un claro consenso, las mismas carecerían de valor. Para quien adherir es consentir el tema queda resuelto de primera y el problema prácticamente no existe. GAMARRA, (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. IX, pág. 208) entiende que más allá de que no se haya participado en la redacción, que no hayan existido negociaciones... lo importante es si existió aceptación. Si no hay dos voluntades congruentes, no existe el contrato. Hay aceptación en blanco o no hay aceptación, y esto es lo que importa. Si el adherente no leyó o no se informó o no consultó las fuentes... son todos comportamientos negligentes que llamarían a la auto-responsabilidad del adherente (págs. 214 y 215).

Para este profesor "cuando la cláusula viole el principio general de la buena fe puede legarse a su nulación en base a esta transgresión pero esto sucede tanto en los contratos de adhesión como en los paritarios" (pág. 217).

- e) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad sólo serían legítimas en aquellos casos en que no fueran expresamente desestimadas por la misma norma como sucede por ejemplo en los casos de responsabilidad decenal de los arquitectos o empresas constructoras ante la eventual ruina de un edificio (artículo 1844 del código civil).
- f) por último debemos señalar que la validez de estas cláusulas está condicionada a que la misma se halle dentro de las limitaciones generales: que no suponga una transgresión al mandato de actuar de buena fe; que no haya existido dolo o culpa grave en el alcance de la exoneración y que no refiera a perjuicios emergentes de la lesión de derechos personalísimos.

12.5. Límites a la validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad

En la actualidad la polémica que se suscita en torno a estas cláusulas no se basa tanto en la validez de las mismas sino en los límites dentro de los cuales estas cláusulas pueden operar en el sistema jurídico.

Lo ya dicho respecto a los criterios de determinación de la "abusividad" de una cláusula es plenamente aplicable al caso en el sentido de que si estas cláusulas aparecen como transgresoras del orden público, o suponen un apartamiento del deber de actuar de buena fe, o una violación a las normas imperativas o un apartamiento injustificado de las normas dispositivas, todo ello lleva a la abusividad y nulidad de la cláusula.

En doctrina se han marcado ciertas pautas concretas que limitan la utilización de estas cláusulas como son los casos en que suponen un comportamiento doloso; o cuando no han sido debidamente consentidos o cuando afectan o pueden afectar derechos personalísimos: situaciones, estas, que pasamos a considerar en forma sintética.

12.5.1. Limitación de responsabilidad cuando existe "dolo"

Prácticamente es unánime el criterio de que estas cláusulas no pueden ser válidas cuando ha existido dolo en el incumplidor.

Se ha sostenido que de esta forma se altera la esencia misma de la obligación, pues se pierde lo posible coacción para el caso de incumplimiento. La obligación tendría un objeto ilícito, pues tal cláusula sería contraria al orden público y las buenas costumbres.

Se observa además que incluso podría pensarse en la ausencia de causa, pues normalmente en los contratos

onerosos la causa del contrato para una de las partes está en el cumplimiento de la prestación de la otra. Si esto se desvirtúa y se permite que la contraprestación exista si la contraparte lo quiere o no, en definitiva se termina por frustrar la causa misma del contrato. De esta forma, se termina por alterar la esencia estructural de la obligación más que una limitación de responsabilidad.

Antiguamente la jurisprudencia admitía fácilmente la hipótesis del "dolo bueno", conforme a la cual se entendía como dentro de las reglas del juego que el vendedor exagerara las condiciones o características del producto o servicio comercializado. Era el comprador el que tenía que tener la diligencia necesaria para que no lo engañaran. BERUJÓ (Ob. cit., pág. 103) señala que el dolo bueno es más fácil de presumir en los contratos de adhesión, y por ello es que debe imponerse al predisponente un deber de información como forma de garantizar la confianza en las transacciones.

Este tipo de cláusulas que exoneran la responsabilidad en el caso de dolo se consideran nulas tanto en los contratos de adhesión como en los contratos libremente negociados.

La invalidez de estas cláusulas se extiende también al incumplimiento doloso de los representantes o auxiliares dependientes en razón de que a través de ellos se prolonga la actividad del proponente.

En este tema, cierto sector de la doctrina equiparó el "dolo" a la "culpa grave" como situaciones similares (PLANOL y RIFERT, Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VI, pág. 712).

Por otra parte, están quienes entienden que estas situaciones son muy diferentes, pues terminan por confundir la torpeza con la malicia, la falta de intención con la intención de perjudicar, la buena fe con la mala fe (JOSSEAND, Derecho Civil, t. II, vol. 1, pág. 491, n. 612; WBLLETTERRE, Droit Civil, Les Obligations, n. 409, pág. 470).

Entendamos que se admita o no la diferencia entre estas dos figuras, ambas hipótesis deben ser consideradas similares o los efectos de la posible admisión de cláusulas de limitación de responsabilidad en la medida en que afectan su validez.

En nuestro derecho el fundamento de la exclusión de la cláusula de exoneración de responsabilidad en los casos de dolo, lo tenemos básicamente en los artículos 1253 y 1413 del Código Civil, pues queda expresamente prohibida la redacción de condiciones que hagan que una parte tenga la facultad plena de cumplir o no con la prestación. Además, en estos casos, se estaría transgrediendo el orden público (artículo 1288 del Código Civil) y el deber de actuar de buena fe (artículo 1291 del Código Civil).

En estos casos lo que se limita es la posibilidad de exoneración anticipada por dolo. Si la responsabilidad ya surgió, el titular del derecho resarcitorio es libre de acordar tolerancia o exoneraciones.

12.5.2. Limitación de responsabilidad cuando existe culpa

Frente a la situación de injusticia evidente que se crea con la utilización abusiva de las cláusulas de limitación de responsabilidad, la jurisprudencia y doctrina han recurrido a la aplicación de ciertos principios generales sancionados en los Códigos Civiles para limitar la esfera de validez y eficacia de las mismas. Se recurre al principio de la buena fe; al de la equivalencia de las prestaciones, la moral y los buenos costumbres como forma de evitar la vigencia de cláusulas limitativas de responsabilidad en ciertas circunstancias, no obstante no existir dolo. Uno de los primeros casos que suscitó serios problemas fue el que se dio en los contratos de transporte en los cuales aparecía la cláusula de exoneración de responsabilidad de forma que todos los daños que se le causaran a los pasajeros quedaban sin resarcir. Antes estas situaciones de notoria injusticia, sólo al cruce la jurisprudencia creando la denominada "obligación de seguridad" a favor de la víctima, y limitando el alcance de las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

A través de estas cláusulas no puede llegarse a afectar la vigencia de derechos personalísimos como lo son el derecho a la integridad física, o la salud, o la vida misma. No es posible renunciar al resarcimiento de los daños personales, pues en su tutela está interesado el orden público y, en cuanto tal, no es posible un pacto de exclusión de responsabilidad (MAZEAUD y TUNC, *Ob. cit.*, t. III, vol. 2, n. 2529).

En otro orden de circunstancias se ha sostenido que cuando el vendedor conoce los vicios que puede tener la cosa, y los mantiene ocultos, no puede gozar del beneficio de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pues esto iba contra la buena fe que debe respetarse en las relaciones contractuales.

LE TOURNEAU (La responsabilité civile, n. 282, pág. 107) ha sostenido que la jurisprudencia francesa moderna elimina toda distinción entre las cláusulas limitativas de responsabilidad según atiendan o no contra la persona. Se han considerado válidas en el contrato de transporte y en el de asistencia médica, pues se entendió que estas convenciones no alcanzan a la persona en sí misma; no dan al deudor el derecho de lesionar a sí mismo; sólo tienen por objeto suprimir los daños que se le causan a la víctima en caso de accidente.

13. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

La doctrina contractualista moderna, junto a las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, destaca que la abusividad de la cláusula puede estar en la existencia de una delimitación injustificada del propio contenido de la obligación, es decir, del ámbito de lo debido (JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 350).

Si bien en primera instancia estos pactos que refieren a limitaciones en las prestaciones autorizadas en atención al principio de la autonomía de la voluntad, corresponde recordar que ésta no puede actuar en forma irrestricta, sino que, por el contrario, existen limitaciones que están impuestas por el ordenamiento jurídico vigente a través de lo que surge en ciertos casos de las mismas normas imperativas; dispositivas; del orden público (económico); de la buena fe.

Se asimilan a las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad en el hecho de que en uno y otro caso lo que se trata es de desplazar en definitivo sobre la "parte débil" los riesgos propios de la actividad del deudor de la prestación. Sea porque se limita la responsabilidad o porque se limita injustificadamente el objeto de la prestación, lo cierto es que en el balance final se advierte que lo que se buscó es desplazar los riesgos y costos sobre el acreedor de la prestación.

La abusividad de estas cláusulas se detecta además, cuando existe un apartamiento de las mismas normas dispositivas que refieren a cuál hubiera sido el contenido normal de estas prestaciones conforme al tipo contractual de que se trate.

En materia de contratos bancarios o de seguro, con cierta frecuencia se ven aparecer cláusulas que afectan la misma esencia del contrato. Así, por ejemplo, colocar cláusulas limitativas de responsabilidad en el alquiler de cajas de seguridad, cuando la esencia y razón de existir de este contrato es propiamente brindar seguridad sobre lo depositado. Si en el contrato de transporte el transportista declara que entregará la mercadería cuando le venga bien, en el estado que en ese momento se encuentre, en realidad, como dice CARBONNER (*Droit Civil*, t. IV, pág. 296) esto no sería más que un "fantasma de contrato de transporte". En ciertos contratos en realidad lo que se hace no es tanto exonerar o limitar responsabilidades, sino eliminar las mismas obligaciones que pueden hacer a la esencia misma del contrato. El deudor es irresponsable simplemente porque no resultó obligado por el contrato.

Las convenciones de irresponsabilidad parten de la base de que la responsabilidad se generó y recién luego

se exoneró o limitó. Si se eliminó la obligación no se llegará a esta instancia, porque no habrá responsabilidad propiamente tal.

14. CLÁUSULA DE ACEPTACIÓN DE RIESGO

A través de esta cláusula se acuerda que el adherente asuma las consecuencias derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor, debiendo resarcir los daños que por tal concepto se causaren.

Estas cláusulas fueron previstas expresamente en nuestro Código Civil. El artículo 1343, inciso primero, prevé especialmente la hipótesis de que alguna de las partes haya asumido la obligación de resarcir los daños emergentes del caso fortuito o la fuerza mayor, posición que se reafirma en la preceptuado por el artículo 1552 del mismo cuerpo normativo. En consecuencia, esta hipótesis estaría permitida dentro del alcance del principio de la autonomía de la voluntad y no afectaría al orden público.

Se parte de la base de que si el deudor asumió esta obligación, es porque sin lugar a dudas debió de recibir un beneficio mayor en su contraprestación.

Podía haberse contratado un seguro que previera las consecuencias de estos daños, pero si las partes acordaron que uno de ellos asumiera estos riesgos, seguramente se hizo considerando este punto como uno de los de la negociación.

En los contratos de adhesión, pueda ser que no exista un debido equilibrio en la distribución de la carga de esta garantía, afectándose la posición del consumidor y evidenciando la afectación que existió en el proceso valitivo.

El Código Civil aceptó este tipo de cláusulas para los casos de contratos libremente negociados. En el contrato de adhesión la situación es diversa y, en cuanto tal, no se puede descartar que alguna de estas cláusulas pueda ser considerada como abusiva.

Para admitir la validez de esta cláusula se debe ser muy estricto en la consideración de la existencia de un consentimiento; se deberá ser muy claro en lo que respecta al alcance que se le da.

Se plantea la interrogante de si es posible renunciar al derecho de demandar la resolución o revisión del contrato frente a los efectos de un acontecimiento futuro e incierto que afecte esencialmente la ecuación económica del contrato (imprevisión).

El artículo 1346 del código civil señala que "el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se hayan previsto o podido prever al tiempo del contrato,

cuando no haya provenido de dolo suya la falta de cumplimiento de la obligación".

De esta cláusula surge que nadie puede ser responsabilizado de las consecuencias de hechos imprevisibles a menos que exista dolo de su parte. En consecuencia, prever las consecuencias de hechos imprevisibles estaría llevando a la indeterminación del objeto del contrato y podría tratarse de cláusulas nulas.

Concretamente en la esfera de los contratos de adhesión, este tipo de cláusulas suelen ser abusivas y contrarias al orden público, pues terminan por afectar la estabilidad y el equilibrio de las prestaciones. En los contratos negociados pueden ser válidos, pero su efectividad alcanza solamente a lo que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato.

15. CLÁUSULAS DE RESCISIÓN UNILATERAL

En los contratos de adhesión suele establecerse que la parte se reserva el derecho de rescindir el contrato sin causa justificada dejando sin efecto lo pactado.

MAZEAUD (Lecciones de derecho civil, t. II, vol. I, pág. 626) establece que esta cláusula es válida en la medida que esta facultad se extienda a las partes por igual.

En la legislación alemana ya referida, sólo se admite este tipo de cláusulas cuando se prevé cuáles son las motivaciones justificadas que habilitan el ejercicio de este derecho, o sea, que no se admite sin justa causa (Párrafo 10, inciso 3°, AGB Gesetz).

En nuestro derecho podría interpretarse que estas cláusulas iban contra lo previsto por los artículos 1253 y 1413 del código civil, en la medida en que con toda claridad se ordena que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" y además "la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente su fuerza de la voluntad del deudor, es de ningún efecto...".

No hay dudas de que quien posee la facultad rescisoria unilateral (sin causa) está en situación de clara ventaja frente a la contraparte que no la posee, y que queda con el riesgo de tener que afrontar los graves perjuicios que pueda ocasionarle esta rescisión.

Lo importante a destacar es que la doctrina ha sostenido que estas cláusulas por sí mismas no son nulas, pues todo dependerá de que este derecho rescisorio se haya ejercido mediando justa causa.

Este tipo de cláusula es frecuente por ejemplo en la contratación turística, donde la empresa de viajes se reserva el derecho a dejar sin efecto determinado viaje

o excusión si no existen las condiciones climáticas convenientes o si no se obtuvo el número necesario de pasajeros.

16. CLÁUSULA DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Sin duda la prueba es el aspecto medular del proceso, ya que de ella va a depender la decisión judicial. La prueba se distribuye entre las partes según criterios establecidos por el legislador, de forma que a cada una de ellas le incumbe probar determinados aspectos afines a la pretensión procesal (artículo 139 del Código General del Proceso).

Por acuerdo de partes puede intentarse limitar el uso de ciertas pruebas, restringir la apreciación de la prueba, imponer al juez ciertos hechos o circunstancias como pruebas.

En el derecho comparado tenemos que las legislaciones más modernas han prohibido estas cláusulas. Así, el párrafo 11 inciso 15° de la ley alemana (AGB Gesetz) declaró la ineficacia de "toda cláusula por la que el estipulante alterará la carga de la prueba en perjuicio del co-contratante, especialmente en cuanto a: a) imponer a éste la carga de la prueba respecto a circunstancias que se encuentran dentro de la esfera de la responsabilidad del estipulante; b) hacer reconocer a la otra parte determinados hechos".

El artículo 2698 del código civil italiano establece: "Son nulos los pactos que invierten o modifican la carga de la prueba, cuando se trata de derechos sobre los cuales las partes no pueden disponer, o cuando la inversión o la modificación tienen por objeto hacer excesivamente difícil a uno de las partes el ejercicio de su derecho".

MICHEL (La carga de la prueba, pág. 240) entiende que estas cláusulas no son válidas pues indirectamente terminan por limitar la función jurisdiccional. Se trata de derechos y obligaciones no disponibles por las partes. Como bien lo indica ROSENBERG (La carga de la prueba, pág. 79) la convicción judicial no puede ser objeto de convenio entre las partes.

Estas cláusulas en forma indirecta son auténticas cláusulas de irresponsabilidad, pues limitar las pruebas supone admitir una responsabilidad y, en este sentido nos remitimos a lo expuesto en el numeral 11.

17. CLÁUSULA DE CAMBIO DE JURISDICCIÓN

Las partes acuerdan que los futuros juicios que puedan surgir entre ellas no serán dirimidos por la justicia ordinaria, sino por un árbitro, o bien se acuerda que no

actuará determinado juez sino otro en otra jurisdicción (CARNELUTTI, Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, pág. 324). Este prestigioso procesalista afirma que este tipo de cláusulas son frecuentes en los contratos cuyo esquema genérico se formula por uno de los contratantes y se somete a la consideración del otro.

Los procesalistas han admitido que la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales podrá ser prorrogada de conformidad por las partes, pues, -como bien indica PALACIO- estas normas apuntan a facilitar la actuación procesal de las partes, habiéndose establecido en el presunto interés de éstas. De aquí se deduce que sus reglas se consideren dispositivas, lo que importa que las partes pueden convencionalmente apartarse de ellas y someterse a jueces y tribunales diferentes a los fijados por el legislador.

No ocurre lo mismo en lo que respecta a directivos dados por la ley en la correspondiente a la competencia por razón de materia, la que condiciona la eficiencia misma de la administración de justicia, y en cuanto tal, ponen en juego el interés general, no pudiendo ser disponibles sus normas por las partes (Derecho Procesal Civil, t. II, n. 162, pág. 370).

STIGLITZ y STIGLITZ (Contratos por Adhesión, pág. 166) afirman con acierto que "en los contratos de adhesión la sumisión acordada en fuero del domicilio del proponente a fin de concentrar en sede de su establecimiento los eventuales procesos a promoverse, es cláusula que le favorece en detrimento del adherente, y que puede ser legítima bajo determinadas circunstancias. Y éstas se hallan estrechamente vinculadas al equilibrio procesal de las partes litigantes, pues si la prórroga predispuesta por el empresario importa una ventaja excesiva en su favor, y desemboca en una efectiva indefensión del adherente, nos hallamos frente a una condición general abusiva sujeta a una pretensión de nulidad y sustituida automáticamente por la norma dispositiva".

Esta elección de jurisdicción le permite al proponente:

- 1) Estar en mejores condiciones de planificar sus juicios;
- 2) Tiene mejor posibilidad de relacionarse con el personal judicial;
- 3) Aprovecha la experiencia de juicios anteriores;
- 4) Por su ubicación le será más económica.

Estos autores entienden que el predisponente, al poder imponer la jurisdicción competente obtiene ventajas que midran la igualdad del proceso y que consisten esencialmente en concentrar sus litigios, cualquiera sea su posición en el proceso, en el lugar que corresponde a la sede principal de sus negocios.

BERUJOZ (Ob. cit., n. 130, pág. 73) sostiene que "forzando al adherente a desplazarse a un tribunal alejado por un litigio referente a sumas relativamente poco importantes, dichas cláusulas concluyen a menudo por privar al adherente de todo recurso judicial, constituyendo así, cláusulas de exoneración".

Con carácter general debemos tener presente que en nuestro derecho el artículo 10º de la ley 15.570 (Ley Orgánica de la Judicatura) ordena: "La competencia de los tribunales sólo es prorrogable de lugar a lugar"; y su artículo 11º: "La prórroga de competencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando en el contrato mismo o en un acto posterior, han convenido en ello las partes, designando al Tribunal a quien se someten. Es tácita, por parte del demandante, por el hecho de acudir ante el tribunal interponiendo su demanda, y por parte del demandado, por el hecho de no oponer la excepción declinatoria dentro del plazo legal".

De lo expuesto surge que no es posible la prórroga de competencia por razón de la materia y por razón de cuantía, y sólo es posible en materia de territorio.

Analizando nuestro tema desde la óptica del derecho internacional privado tenemos que, conforme a lo que se prevé en Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940 (art. 56, Apéndice del Código Civil, artículo 2401), las cláusulas que pretendan alterar la jurisdicción competente son nulas. En las normas referidas se adoptó como principio el criterio conocido como "Aster" para determinar la competencia jurisdiccional internacional, en virtud del cual son competentes para intervenir en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones.

En materia de contratos, se aplica la ley del lugar en que éste se cumple (artículo 32 y siguientes del Tratado referido y 2339 del Código Civil).

Este criterio impuesto con carácter general y por razones de orden público no puede ser variado por acuerdo de partes (FRESNEDO DE AGUIRRE, "Las cláusulas abusivas y la cláusula de jurisdicción en los contratos internacionales de adhesión", *Revista Judicatura*, N° 34, pág. 292).

Las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas se ha tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuya orden social y económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata.

18. CLÁUSULAS QUE ABREVIAN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Este tipo de cláusulas consisten en aceptar una disminución del plazo con que se cuenta para ejercer un derecho que le es propio al adherente. Se acortan, por ejemplo, los plazos con que cuenta el acreedor para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento.

AMÉZAGA (Cupo contractual, pág. 104) afirmó: "yo siempre he creído, desde hace muchísimos años que estas cláusulas de abreviación de plazos, para hacer efectiva la responsabilidad, son cláusulas contrarias al orden público, porque los plazos fijados por el código civil para la prescripción, todos ellos son plazos de orden público y quedan fuera del alcance de las modificaciones que en ellos puedan introducir las partes contratantes".

CESTAU ("Abreviación convencional de los términos de prescripción", *Rev. A. de E.*, t. XXX, pág. 323) sostiene que si bien estos plazos no pueden renunciarse por anticipado (artículo 1189 del código civil) es posible acortarlos.

Para GAMARRA (Ob. Cit., pág. 260) la validez de estas cláusulas resulta incuestionable, lo que no significa que no haya nulidad cuando la brevedad del plazo fijado le quite al acreedor la posibilidad práctica de actuar.

Consideramos que en los contratos de adhesión la utilización de estas cláusulas puede suponer la existencia de una cláusula abusiva o vejatoria. ¿Qué interés puede tener el adherente en que le reduzcan el plazo con que cuenta para realizar sus reclamaciones? Estas cláusulas suelen aparecer en los contratos en los que precisamente es posible imponer condiciones y someter al deudor.

En ciertos casos la reducción de plazos significa su extinción o negación, pues vuelve inviable el ejercicio del derecho. En otros, el plazo de prescripción puede ser de orden público y, en cuanto tal, su alteración suspendería la validez de la cláusula. Es contente pretender acortar los plazos con que se cuenta para denunciar defectos, vicios en la cosa mueble, a partir de la recepción de alguna cosa. En algunas legislaciones, como la alemana, se declararon ineficaces las cláusulas que reducen plazos de caducidad para la denuncia de defectos (Párrafo 11, literal 10, del AGB Gesetz).

Para SPOTA (Tratado de Derecho Civil, t. X, n. 2178) la abreviación de los plazos de prescripción puede ofender al orden público, siempre que implique colocar a uno de los contratantes en una situación de indefensión o imposible o dificulte la pretensión referente al hecho extintivo legalmente producido.

Con estas cláusulas se tiende a una liberación más rápida del deudor y pueden ser particularmente peligrosas cuando son impuestas por el mismo deudor de la prestación. No parece lógico que el acreedor de estas prestaciones consienta libremente una reducción de plazos dentro de los cuales puede hacer efectivo el cobro de su derecho.

FEIRANO FACIO (Curso de obligaciones, t. VI, pág. 278) señala que en materia de modificación de plazos de prescripción no puede admitirse la variación de los mismos si las partes quieren alargarlos. Y respecto del acortamiento de los plazos de prescripción, el criterio varía, pues dependerá de cada caso concreto, ya que si bien no hay ninguna razón teórica para impedir que se puedan acortar los plazos, habrá que analizar en cada caso concreto si este acortamiento tiende a no a destruir las garantías que asisten al acreedor para el cobro de su crédito.

PARTE IV CONCLUSIONES

KUHN [La structure des révolutions scientifique, Paris, 1973] admite que toda revolución científica supone el abandono del paradigma previamente admitido. Paradigmas tales como el que sustentó que las prestaciones deben mirarse como equivalentes; lo libremente consentido es por ello justo; lo libremente consentido obliga como la ley misma... exigen cierta flexibilización o la hora de pretender un derecho contractual realista y esencialmente justo.

Los Códigos Civiles inspirados en las ideas del siglo XVII y XVIII se sustentan en materia contractual sobre ficciones utilizadas para preservar ciertas apariencias de libertad e igualdad que realmente se presuponen y no responden a la realidad (MORIN, La révolte du droit contre le code, Paris, 1945, pág. 13).

La revolución industrial del siglo XIX cambió, no solamente las estructuras económicas y sociales, sino que aumentó las diferencias y desigualdades económicas entre las personas, y marcó una realidad para la que el sistema jurídico no estaba preparado, terminando por afectar seriamente los presupuestos del principio básico del derecho contractual, cual es el de la autonomía de la voluntad y su efecto consecuencia, la fuerza obligatoria del contrato en su asimilación a la ley.

Los presupuestos o los paradigmas en que se sostuvo el derecho contractual clásico, llevaron a un total desinterés por el contenido del contrato. Lo que importaba entonces era la libertad de contratar, considerada

como un fin en sí mismo, sin considerar en realidad para qué era utilizada.

Cuando trunfa en sí mismo, como exigencia del derecho económico, la forma de contratación por adhesión, la libertad de contratación dejó de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio, pasándose a considerar con mayor detención y preocupación los objetivos que se buscaban y los resultados a que se llega con la utilización de esta forma de contratación.

Quienes enfocaron el tema con mayor realismo pronto advirtieron que en el denominado contrato por adhesión existía una verdadera tolerancia en su consideración como contrato. Bien se sabía que el adherente no sólo no participaba en la elaboración del contrato, sino que, en muchos casos, no tenía más remedio que aceptar su imposición. La adhesión en realidad no era un consentimiento ni una aceptación, sino un "acto de confianza" que suponía dejar la negociación en todos sus términos en manos del proponente, en el convencimiento de que éste no actuaría de mala fe.

En el siglo XVIII primó la tutela de la libertad sobre la justicia, siendo el hombre en su individualidad la razón de ser de todas las cosas.

La protección de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad, se convirtieron en el eje del sistema. La justicia pierde relevancia frente a la libertad y en este entorno importa más saber si el contrato fue libremente pactado que si lo que regula es o no justo. Es más, si fue libremente consentido, lo acordado se sobreentiende como justo y equilibrado.

Se olvidó, nada menos, que junto a la libertad debe existir la igualdad real de las partes (económica, intelectual, etc.) siendo este último ingrediente el gran ignorado de aquellas épocas.

La realidad superó a la ley y empujó, y sigue empujando, para que en definitiva se considere por su intermedio.

El poder económico en manos de unos pocos llevó a que pronto se advirtieron casos de contratos abusivos o leoninos que eran el reflejo de una clara ausencia "del juego de libre oferta y demanda".

A ello debe sumarse que la sociedad se vuelve consumista, el hombre pierde individualidad para masificarse en los intercambios comerciales.

Las reacciones no se hicieron esperar y hoy somos testigos de un verdadero "éxodo" hacia la consideración de la paridad o equivalencia razonable de las prestaciones.

Los derechos ya no se conciben en la individualidad, sino con, y en relación, al medio social, que es donde realmente surgen. Así, el derecho de propiedad dejó de ser absoluto y se concibe en su función social; la libertad contractual se concibe en armonía con la función social que debe cumplir el contrato (ROFFO, *Il Contratto*, Bologna, 1977, pág. 265). Se comienza con el proceso de objetivación del contrato que, prescindiendo o reduciendo la función del acuerdo entre partes trata de evitar que el mismo sea utilizado como instrumento de abusos: se busca evitar la adhesión irreflexiva; el consentimiento desinformado; los desequilibrios anormales e injustos de las prestaciones.

Por muchos años se fue testigo callado de que la libertad contractual esclavizaba o era un medio de abusos, y se pasa a ver cómo la ley, con su imperativo nivelador, pasa a liberar realmente a las partes.

No se trata de negar la libertad contractual, sino de ser conscientes de que ella existe y se justifica sólo en la medida en que coexiste en forma armónica con los derechos y libertades de los demás.⁴

La comprensión de nuestro tema supone considerar que el derecho contractual moderno acusa una marcada y justificada preocupación por "el débil" en el momento que éste participa de la denominada relación de consumo.

La evolución se advierte a tal punto que podemos señalar que en una época preocupó al deudor, y hoy su lugar lo ocupa el débil de forma que podemos sostener que del principio "favor debitoris" se ha pasado al principio "favor debilis".

Desde la época del derecho romano conformaron la misma esencia del derecho privado ciertos principios básicos como el "contra stipulatorem", o "favor debitoris" (artículo 1304 del Código Civil). En el artículo 296 inciso 7° del Código de Comercio, en forma clara se establece que "en el caso de que existan dudas que no puedan resolverse según las bases establecidas, los cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea, en el sentido de la liberación".

La doctrina moderna, de la mano de los más destacados juristas argentinos (ALTERINI y LOPEZ CABANA, "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea" en *Derecho de daños*, pág. 100), señalan que los criterios jurídicos actuales predicen la protección del contratante a través, precisamente, del control de las cláusulas abusivas y la interpretación "favor debilis".

Esta categoría de los "debiles", por cierto diferente a la del "deudor", considera, no tanto el fenómeno jurídico contractual, sino una realidad socioeconómica y de mercado, es decir, la relación del denominado profesional (empresario) y del consumidor, que conforma la relación de consumo.

Esta realidad en los hechos dejó ya de ser una opción o apreciación doctrinaria, para cobrar vigencia prácticamente a nivel mundial, no sólo con la regulación específica, que ya existe en la mayor parte de los países, de los denominados derechos de los consumidores, sino al mismo nivel de la Comunidad Europea, donde se han aprobado directivas muy concretas que parten de considerar la relación de consumo como una forma de interacción entre personas donde se enfrenta un fuerte (con mayor poder económico) y un débil (consumidor), siendo de vital importancia controlar que en estos casos no se cometan abusos y se logren beneficios injustificados.

Los claros y cada vez más pronunciados desequilibrios que existieron entre las partes en relación al poder de negociación, llevó a que el sistema contractual moderno dedicara especial atención al control de las cláusulas que con abuso se pretenden imponer aprovechando precisamente aquellas circunstancias.

La confianza y la tolerancia que supuso la admisión de esta forma de contratación por adhesión, llevó a que necesariamente se debiera aumentar el control en el proceder de buena fe de las partes.

En nuestra opinión, dentro del sistema jurídico contractual vigente, existen ya elementos de control suficientes y eficaces como para evitar los efectos de las cláusulas abusivas.

⁴ La tendencia del derecho moderno a proteger a la parte más débil del contrato no pasa por querer perjudicar a la actividad empresarial, sino, muy por el contrario, por fomentar una competencia leal en la que el desarrollo económico no se obtiene a costa de perjudicar abusivamente a los más débiles. El verdadero progreso y desarrollo económico se logra cuando lo que se mejora no son sólo las cifras o estadísticas, sino la misma situación social. No concebimos el verdadero desarrollo económico sin justicia social, y la participación que en éste debe tener el contrato no puede destacarse como instrumento de imposición de fuertes sobre débiles, sino como medio de colaboración en la interrelación de intereses en el plano de una justicia contractual.

Esta tendencia exige un "humanismo intervencionista" que se exprese a través de normas que protejan al débil de la relación de consumo y estas que, con la "materialización del contrato" se impongan ecuaciones francamente abusivas.

La necesidad inminente de regular el denominado contrato por adhesión, no es sólo para proteger al contratante débil, sino para facilitar el correcto uso de esta forma de contratación que requiere la seguridad de las nuevas formas de comercialización.

El ordenamiento jurídico autoriza a que la autonomía de la voluntad opere con alcance vinculante en la medida en que se actúe dentro de lo previsto por el mismo sistema jurídico. De la misma norma surgen algunas pautas para la determinación de la abusividad de las cláusulas, así como los medios para establecer sus consecuencias. El poder de autorregulación de intereses entre las partes está limitado por pautas generales que no pueden ignorarse: en este sentido, más allá de las previsiones de las partes, éstas quedan obligados como **efecto** directo del mismo contrato o la luz de las normas vigentes, a todas las consecuencias que surjan de la naturaleza de lo acordado y a lo que imponga el deber de actuar de buena fe (artículo 1291 del código civil).

No siempre los "efectos de los contratos" son consentidos o queridos por las partes, sino que se imponen por la misma fuerza normativa.

La determinación de la abusividad de la cláusula viene dada por la aplicación de diversos criterios; en primer lugar lo que supone un apartamiento del orden jurídico vigente, tanto en relación a sus normas imperativas, como también de sus normas dispositivas.

En este último caso debemos considerar que las partes "de común acuerdo" están facultadas para dejar de lado las normas dispositivas, pero sucede que no podemos decir que este "común acuerdo" exista en el plano de la realidad en los denominados contratos por adhesión donde las cláusulas surgen por preformulación unilateral, sin negociación de ninguna especie. Cuando la derogación no es una obra común no podemos admitir que las normas dispositivas queden sin efecto.

Nuestro sistema jurídico vigente permitiría sin mayores esfuerzos determinar la existencia de cláusulas abusivas a través de los criterios propuestos que refieren, como véramos, a la ponderación de la buena fe en el ejercicio abusivo de la libertad contractual; el apartamiento injustificado del derecho dispositivo vigente; la

existencia de claros y significativos desequilibrios entre las prestaciones; y la confrontación con las exigencias de un nuevo orden público económico.

La zona de mayores carencias normativas la encontramos en la regulación de las consecuencias o efectos que estas cláusulas pueden proyectar sobre la vida del contrato. Partiendo de la licitud de las mismas, la consecuencia correspondiente al régimen vigente sería la nulidad o menos que una ley para el caso concreto establezca otra consecuencia diferente (artículo 8 del Código Civil).

En estos casos si la nulidad de la cláusula no afecta la esencia del negocio, estaríamos ante una nulidad parcial, debiendo entonces analizar si es posible que el contrato subsista sin esta cláusula, o por el contrario debemos proceder a su integración. En esta instancia somos de la opinión que debe procederse a realizar una "reducción conservadora" del contrato, o sea, ajustarlo a lo que surge del orden dispositivo vigente para el tipo de contrato de que se trate.

ALTERINI Y LÓPEZ CABANA, ["La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en la obra Derecho de daños, Buenos Aires, 1992, pág. 103] concluyen este magnífico estudio con una interesante interrogante, señalando que como el orden nuevo debe surgir laboriosamente del orden actual, la pregunta a formular es qué se debe conservar y qué se debe sustituir. Pensamos que llegó en nuestro derecho la hora de destruir ciertos paradigmas o presunciones sobre las que se apoyó el derecho contractual clásico y que mucho mal pueden causarle al derecho contractual del siglo XXI. Si pronto no contamos con la legislación apropiada deberán aunar esfuerzos, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, como para transitar por aquellos espacios conceptuales que deja abiertos la norma a través de los cuales se tienda a una transformación progresiva que, contemplando la nueva realidad socioeconómica, adecúe el sistema a un modelo ético y justo, con miras al bien común.