

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN - León

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Derecho



**EI CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS POR
ADHESIÓN EN EL DERECHO NICARAGÜENSE**

Monografía para obtener el título de:
Licenciado en Derecho

Por: Br. Álvaro José Ramírez García.

Tutor: MSc. Luis Mayorga Sirera.

León, Julio del 2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA CONTRATACIÓN EN MASA	3
1. Antecedentes históricos.....	3
2. La contratación en masa en la sociedad de consumo. Derecho de los consumidores	4
3. Razones de la contratación en masa	7
CAPÍTULO II: LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN	9
1. Concepto y Naturaleza Jurídica.....	9
1.1 Concepto	9
1.2 Naturaleza Jurídica.....	12
1.2.1 Tesis Normativa o Anticontractualista.....	13
1.2.1 Tesis Contractualista.....	14
1.2.1 Tesis Intermedia.....	15
2. Contenido del Contrato por Adhesión.....	15
1.1 Condiciones Generales del Contrato	16
1.2 Condiciones Particulares del Contrato	17
3. Ventajas y desventajas	17
4. Elementos	18
1.1 Elementos subjetivos.....	18
1.2 Elemento Objetivo y Formalidades.....	20
CAPÍTULO III: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	21
1. Definición.....	21
2. Características	24
3. Clasificación.....	26
4. Algunas cláusulas abusivas típicas.....	27
CAPÍTULO IV: EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN	34
1. Derecho Comparado.....	34
2. Derecho Nacional	52
2.1 Control de fondo	56
2.1.1 Lista Negra.....	56
2.1.2 Cláusulas Generales Prohibitivas.....	57
2.1.3 Otros mecanismos que inciden en el control de cláusulas abusivas	58
2.1.3.1 Reglas de Interpretación.....	58
2.1.3.2 Protección de la formación del consentimiento	61

2.1.3.3 Requisitos meramente formales del contrato	61
2.1.3.4 Obligaciones y prohibiciones implícitas en el contrato.....	62
2.2 Control Procesal.....	63
CONCLUSIONES	65
RECOMENDACIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCIÓN

El contrato es el centro del tráfico jurídico, por medio de él se acuerda el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial. En principio, es considerado el fruto del libre acuerdo entre los contratantes partiendo del supuesto de una individualizada discusión de su contenido. Sin embargo, esta “situación ideal” en la que todas las partes de un contrato cuentan con el tiempo y la libertad de discutir a fondo, todas y cada una de las cláusulas integrantes del contrato, se contraponen a un interés también tutelado por el ordenamiento, a saber, la agilidad en las relaciones mercantiles.

De cara al fenómeno de la contratación en masa, con la necesidad de dar celeridad a las transacciones mercantiles, resulta virtualmente imposible que las empresas establezcan un contrato distinto en el que se discuta su contenido con todos y cada uno de sus clientes. Surgen entonces los contratos por adhesión como una modalidad en la cual se obvia la fase de discusión en la precontratación y se caracterizan por la sujeción de una de las partes a las condiciones predispuestas por la otra.

La referida predisposición propicia la inclusión de las denominadas cláusulas abusivas con mucha mayor facilidad que en los contratos de libre discusión, por tanto, se hace necesario un tratamiento especial a dichas cláusulas dentro de esta modalidad de contratos, con miras a reducir la vulneración de los derechos de los consumidores y en aras de la equidad social pues, en palabras de Rubén Stiglitz, la cláusula abusiva si bien no es una patología propia y exclusiva del contrato por adhesión, encuentra en él una posibilidad cierta y real de ser incorporada, abierta o subrepticamente¹.

Nicaragua, al igual que la mayoría de legislaciones en Derecho Comparado, tiene regulaciones específicas en cuanto a las cláusulas abusivas. Sin embargo, la inserción de nuestro país a un mundo globalizado, hace necesaria la revisión de la legislación existente sobre el tema, analizándola comparativamente en relación a legislaciones más avanzadas en la

¹ Stiglitz, Rubén S. “Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas”. En: Revista Contexto, Universidad Externado de Colombia. pp. 32-51. Bogotá, Colombia, 1999. p. 33.

búsqueda de criterios y conclusiones que permitan fortalecer la competitividad de Nicaragua en el mundo globalizado.

En ese sentido, con el presente trabajo me propongo conocer los mecanismos de control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión establecidos en el derecho nicaragüense y realizar algunas consideraciones sobre ellos. Para ello me he planteado específicamente, primero, realizar un acercamiento a las figuras de los Contratos por adhesión y Cláusulas abusivas; luego, una visualización de diferentes sistemas existentes en Derecho comparado en cuanto al control de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión; y finalmente, estudiar el contenido de nuestra ley de Defensa de los Consumidores y otras normas atinentes al tema en la legislación vigente del Estado de Nicaragua en cuanto a las técnicas de declaración del carácter abusivo de una cláusula, los efectos que ésta produce y su alcance, otros principios relativos y los procedimientos disponibles para efectuar el control.

Para eso seguí una metodología dogmática-formalista o jurídica-teórica tomando en cuenta las fuentes jurídicas directas o formales, para lo cual se adoptarán, en consecuencia, técnicas de investigación esencialmente documentales, comprendiendo los ámbitos doctrinal y normativo.

El trabajo contiene cuatro capítulos: el primero está dedicado a la contratación en masa y lo que se pretende con él es proporcionar un conjunto de breves aproximaciones a éste fenómeno debido a su fuerte relación con el auge de los contratos por adhesión pues están tan íntimamente ligados que, si el contrato por adhesión es la modalidad típica de la contratación en masa, aquél halla en ésta su campo más propicio; el segundo está dedicado a los contratos por adhesión, su concepto, naturaleza jurídica, contenido, ventajas, desventajas y elementos esenciales; el tercero, se refiere a las cláusulas abusivas, su definición, características y algunos casos típicos; y el cuarto y último está destinado a los mecanismos de control, tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, contiene lo referente a las normas de control de fondo (declaración, eficacia, alcance, otras normas y principios relacionados, etc.) y las normas procesales.

CAPÍTULO I

LA CONTRATACIÓN EN MASA

1. Antecedentes históricos

El inicio de la Edad Moderna estuvo determinado por una serie de profundas transformaciones políticas y sociales, entre las que destacan la crisis de la monarquía y del absolutismo como sistema político, que tendrían su punto culminante con el desarrollo de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa.

Estos hechos dieron lugar al esquema económico liberal, el cual reclamaba la mínima interferencia del Estado en la economía² y estaba cimentado sobre los principios de *libertad individual* (filosofía individualista) y la *autonomía de la voluntad* (filosofía voluntarista), que a su vez constituyen los sustentos doctrinarios de la *libertad contractual*, entendida ésta como el derecho que tienen las personas para decidir si celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos (condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato).

En una sociedad donde el contrato se había transformado en el centro de toda la actividad económica y la piedra angular de todo el sistema jurídico, la libertad contractual se colocó como la pieza fundamental de las relaciones jurídicas privadas.

Las referidas transformaciones que dieron paso al sistema liberal, detonaron un movimiento codificador en todo el continente europeo que tiene su origen en Francia con el *Code Napoleón* de 1804,³ donde se plasma el modelo de contratación clásica en que se inspirarán la mayoría de los códigos europeos y latinoamericanos.

² Por tal razón habitualmente se resume al liberalismo económico en la expresión francesa *Laissez faire, Laissez passer* (dejad hacer, dejad pasar), que no obstante, es el lema de la fisiocracia, una teoría económica precedente.

³ A la fecha de expedición del Code Civil francés ya estaban en vigencia otros códigos civiles europeos, pero superados por las circunstancias históricas, políticas y económicas. Se pueden mencionar los códigos

La expresión de este modelo de contratación se fundamenta en los principios de igualdad y equilibrio entre las partes contratantes, las cuales son las mejores garantes de sus propios intereses, teniendo por ello la posibilidad de rechazar los contratos que le sean perjudiciales. La libertad contractual pasa a ser *la palanca suprema de toda la vida social*.⁴

En este contexto, la protección de los contratantes débiles, frecuentemente víctimas de abusos por la situación de inferioridad que ocupaban el mercado, se limitó a ciertas teorías y garantías constitucionales.

2. La contratación en masa en la sociedad de consumo. Derecho de los consumidores.

A finales del siglo XIX, con el surgimiento de lo que se conoce como “sociedad de consumo” o “sociedad de consumo de masas”, marcada por la producción y comercialización intensiva de bienes, nace una visión crítica del equilibrio contractual. El francés Raymond Saleilles,⁵ fue el primero en observar este cambio sustantivo en las condiciones de la contratación, lo que lo lleva a proponer en 1929 la expresión *contrat d’adhésion* (contrato de adhesión), para hacer referencia a la forma típica de contratación masiva; sus escritos marcan el inicio de la discusión sobre las formas de protección del contratante en posición de inferioridad económica en el derecho continental europeo.

Asimismo, Gounot sistematiza, por primera vez, una crítica severa al principio de la autonomía de la voluntad, cuya decadencia, marca la evolución contemporánea del contrato. Dicha crítica, nos explica Pizarro Wilson, se basa, principalmente, en que “la visión liberal del contrato no toma en consideración la realidad fáctica que compone el entorno de toda negociación y contribuye a explicar cada acuerdo y, más bien, se basa en una hipotética y

escandinavos de Christian V en Dinamarca de 1683, el de Noruega de 1685, el Código sueco de 1734, los códigos de los Estados Sardos de 1723, de Baviera de 1756 y el Prusiano de 1794.

⁴ Ossorio Morales, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, en ADC, tomo V, fasc. III, Madrid, julio-septiembre, 1952, p. 1178.

⁵ Saleilles, R., De la déclaration de volonté. Contribution a l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand, Paris, LGDJ, 1929 citado por Pizarro Wilson, Carlos René. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno. En Revista Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia): 117-141. Julio-diciembre de 2004. pág. 119

teórica igualdad entre los contratantes, igualdad que se encuentra distanciada de las reales relaciones económicas y que se fue transformando nada más en una ficción de los legisladores del siglo pasado”⁶.

Esta atenuación de los principios comienza por manifestarse en los contratos de trabajo, iniciándose así el intervencionismo del Estado en la regulación de las relaciones entre obreros y patrones, pues a los gobiernos no les quedó más remedio que acceder a las demandas de los trabajadores.

Con todo, la crisis de la contratación tradicional viene dada de manera principal por el contrato de adhesión o, más correctamente, *por* adhesión (que es en la forma típica de la contratación en masa), pues es con ellos ya resulta imposible sostener los principios de libertad e igualdad.

Para el profesor Díez-Picazo “El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes”.⁷ Por el contrario, el contrato se convierte en instrumento económico que posibilita la circulación de la riqueza en los mercados liberales producto de la masificación del consumo y de la producción.

Otro hito importante en la evolución de la contratación en masa lo constituye la aparición de una protección especial de los consumidores, lo que sólo se dio como producto de la combinación de un mercado complejo y altamente diversificado en una sociedad de consumo, que fue el fruto de la etapa de reconstrucción de pos-guerra (II Guerra Mundial), en la cual las exigencias de calidad eran mínimas⁸, lo que daba lugar los más grandes abusos.

⁶ Véase: Clavería Gosálvez, L., “La predisposición del contenido contractual”, en RDP, Madrid, julio-agosto, 1979, p. 667.

⁷ Díez-Picazo, L., Derecho y masificación social; tecnología y derecho privado, Madrid, Civitas, 1987, p. 43.

⁸ Los consumidores que se vieron privados de bienes materiales, por efectos de dos guerras mundiales y una depresión económica sin par en los años 30, estaban más que satisfechos, cualquier cosa era mejor que nada y por eso, rara vez exigían alta calidad.

Hasta entonces, además de la leve protección basada en teorías y garantías tradicionales, se habían dictado algunas normas dirigidas a la protección de la salud aplicadas a la elaboración de productos de primera necesidad⁹, pero todavía no se podía hablar de Derecho de los Consumidores.

Posteriormente, la protección al consumidor se tocó de manera incidental en otras ocasiones, como la creación de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) en Estados Unidos en 1914 y la creación de la Comunidad Europea mediante el Tratado de Roma, en 1957; pero es hasta en la década de 1960¹⁰, que se inició el Derecho de los consumidores como tal, apareciendo en el mundo con contornos eminentemente represivos (penal y administrativo) para gradualmente ir tornándose preventiva, a la vista de ciertas características de los mercados modernos, a saber, mutabilidad, velocidad en los intercambios, alta complejidad, dificultad en la reparación de los daños al consumidor, nuevas modalidades de contratación, etc.

Hoy en día la evolución sigue en proceso tras las vertiginosas transformaciones socio-económicas de un mundo globalizado en la búsqueda de métodos más idóneos en atención a la realidad que vivimos.

En Nicaragua, a pesar de que nuestra Constitución Política no contiene ninguna disposición expresa sobre la defensa de los consumidores, sí consigna derechos y garantías directamente relacionados con el tema. Ahora bien, en materia de derecho de los consumidores como tal, contamos con una Ley de Defensa de los Consumidores que data de 1994 y su reglamento, de 1999; además existen otros cuerpos normativos que contienen disposiciones que protegen a los consumidores, como el código penal (2008), la Ley de Marcas y otros signos Distintivos (2001), la Ley General de Instituciones de Seguro (1996), la

⁹ Por ejemplo podemos mencionar: en Francia, en 1905 se penaliza la adulteración de la leche; en Inglaterra, la Ley Sales of Goods Act de 1893 regula la calidad de las mercancías y la Ley de Adulteration of goods or drink Act protege contra los alimentos adulterados; En Estados Unidos de América se aprueba en 1906 la Meat Inspection Act, que regula la inspección de carnes y la Pure foods and drugs Act, Ley de alimentos y medicamentos; en Nicaragua se aprueba en 1925 la Ley Reglamentaria de droguerías, farmacias y boticas.

¹⁰ Es trascendental para el inicio del movimiento consumerista el mensaje que dió el Presidente de los Estados Unidos de América John F. Kennedy al Congreso de esa nación el 15 de marzo de 1962, donde se establece la conceptualización sobre lo que debe entenderse por consumidor y sus derechos.

Ley General de Bancos; Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros (1999), la Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (1999), la Ley de Metrología (1996), la ley de Normalización Técnica y Calidad (1996), la Ley de Medicamentos y Farmacias (1998), entre otros.

3. Razones de la contratación en masa

El profesor Carlos Pizarro Wilson¹¹ reconoce como razones de la contratación en masa a:

a. Los costos de transacción: El nuevo modelo de contratación tiene como presupuesto un mercado perfecto con ausencia de costos de transacción, es decir, iguales a cero. En otras palabras, los sujetos de derecho al momento de contratar no incurren en gastos para la celebración y ejecución de los contratos de tal manera que la atribución de derechos originaria es indiferente para la transferencia de los bienes, a *contrario sensu* de situaciones con altos costos de transacción (gastos de determinación de la contraparte y de negociación) donde las reglas jurídicas adquieren una gran relevancia en la determinación de la atribución de los derechos. La conclusión simple es que bajo el nuevo modelo habrá una mayor tendencia a la celebración de los contratos dado que en todo caso los contratantes optarán por la solución o transacción más eficiente económicamente.

b. Racionalización de la empresa: Las necesidades de racionalización de la empresa abarcan “una reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos; división de tareas; coordinación entre los miembros de la empresa y cálculo anticipado del costo de producción de los bienes y servicios.”¹² Con el uso de contratos de adhesión se minimizan los gastos de la celebración de los contratos producto de la mayor rapidez en la celebración de los mismos.¹³ Observemos: La empresa no requiere personal especializado (solamente les cabe ofrecer y esperar la aceptación o rechazo); logra un grado mayor de coordinación (al

¹¹ Pizarro Wilson, Carlos René (2004). Op. cit., p. 121

¹² Alfaro Águila-Real, Jesús. Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, España. 1991. p. 28.

¹³ El concepto de costos de transacción se debe a Ronald Coase, pionero en el análisis económico del derecho. El concepto de costos de transacción tiene su origen en el artículo “The Problem of the Social Coast”, en Journal of Law and Economics, vol. 3, 1960. Existe traducción al español en el libro La empresa, el mercado y la ley, Madrid, Alianza, 1994. Desde la perspectiva de la new law and economics, los costos de transacción corresponden a los costos de saber con quién se va a contratar; de informar a los demás que uno quiere contratar; de conducir las negociaciones, de delinear el contrato, de inspeccionar el cumplimiento, de ejecutar el contrato, etc.

simplifica el proceso de contratación); obtiene mayor seguridad (los posibles problemas que se puedan suscitar aparecen normados en el propio clausulado) y puede realizar un cálculo anticipado de los gastos que involucra el contrato.

c. Seguridad jurídica: Se logra porque están previstas las consecuencias tanto del cumplimiento como del incumplimiento del contrato. Debe observarse que la presunta seguridad jurídica es impuesta de manera heterónoma por el empresario al consumidor, por ende, reconoce beneficios explícitos nada más para el primero, pues éste asegura las alternativas de incumplimiento en su beneficio.

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

1. Concepto y Naturaleza Jurídica

1.1. Concepto:

La expresión “contrato de adhesión”, como decíamos, se atribuye a Saleilles, quien la habría formulado en 1929; posteriormente se extendió en toda Francia y rápidamente al resto de Europa. Con ese concepto, se hace referencia a la contratación generalmente masiva (aunque puede muy raramente en contratos singulares) efectuada por un empresario mercantil o industrial que posee un contenido predeterminado o prefijado. Actualmente la doctrina ha ido sustituyendo el uso de la preposición “de” por la preposición “por”, pues expresa mejor la idea de forma de contratación.

Para Stiglitz y Stiglitz, “esta forma de contratación halla explicación, entre otras cosas, en la naturaleza misma de la actividad que ejerce el proveedor, en cuanto requiere la uniformidad de vínculos con cada integrante de la gran masa de consumidores y usuarios y de allí que aparezca como materialmente imposible introducir modificaciones entre contrato y contrato, sacrificándose así la discusión paritaria de cada cláusula o de su conjunto en favor de una contratación más dinámica que responda más acabadamente a criterios de racionalización de la empresa.”¹⁴

En términos generales, contratos por adhesión son aquellos cuyo clausulado ha sido preestablecido por una de las partes y no es susceptible de modificación sustancial por la otra parte, la cual debe aceptarlo pura y simplemente, o no contrata.

El art. 85 de la mexicana Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) define contrato de adhesión de la siguiente manera: “documento elaborado por el proveedor para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas

¹⁴ Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel “Control de las cláusulas predispuestas”. Revista La Ley, Argentina. 1987.

ordinarias de un contrato”. Y agrega como requisitos de validez el idioma español y caracteres legibles a simple vista. Dicha definición se califica de inexacta por cuanto identifica al contrato con el documento. Resulta igualmente incorrecto el hablar de formatos uniformes pues lo esencial es que el contenido esté predispuesto y no que se incluya en un formato.

El Derecho estadounidense define a los contratos por adhesión, "adhesión contracts," como contratos estándar o contratos tipo que las empresas ofrecen a los consumidores de bienes y servicios unilateralmente, "take it or leave it," ("lo tomas o lo dejas"), sin otorgarles el mínimo poder de negociación. Por lo general, se imponen de modo abusivo al consumidor, quien por ocupar una posición más débil en la contratación, no puede negociar sus términos esenciales.¹⁵

Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores¹⁶, define los contratos de adhesión (sería preferible “*por adhesión*”) como “aquel cuyas cláusulas se establecen unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar”. Como podemos ver, se circunscribe al ámbito de la contratación con consumidores.

Obsérvese también el uso de la palabra “sustancialmente”, ésto significa que del hecho de que se inserten cláusulas no establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios no resulta que el texto contractual propuesto por éste deje de calificar como contrato de adhesión. El uso de la palabra “sustancialmente” nos da a entender que el contrato sigue siendo por adhesión si tales cláusulas no son sustanciales.

No es rigurosamente exacto, en efecto, que el contrato por adhesión supone que no se modifique el clausulado pre-redactado. Así que es excesivo afirmar, por ejemplo, que sólo hay contrato de adhesión cuando “el consumidor sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar.

¹⁵ Black's Law Dictionary, Minn, 1983 citado por Vigurí Perea, Agustín, Los contratos de adhesión: Nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho estadounidense. En: Universitas Journe I. pag.73-79

¹⁶ Ley No. 182, Aprobada el 27 de Septiembre de 1994 y Publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Nicaragua, No. 213 del 14 de Noviembre de 1994.

Realmente, puede haber un contrato por adhesión aunque el texto propuesto por el redactor sufra modificaciones a requerimiento del adherente, siempre que se trate de modificaciones no sustanciales. Lo que es propio a este tipo de contrato es que existe un texto contractual pre-redactado, al cual, o bien no se le hacen modificaciones, o se le hacen modificaciones no sustanciales.¹⁷

Son típicos contratos por adhesión los contratos bancarios (personales, prendarios, hipotecarios, etc.), de medicina prepaga, de seguros, de telefonía celular, de Internet, de televisión por cable o satelital, de tarjetas de crédito, de planes de ahorro y cuantos más podamos imaginarnos.¹⁸

Dentro de las características definitorias generalmente aceptadas de esta modalidad de contrato se encuentra la predisposición de las cláusulas por una de las partes, lo que significa que su celebración no es precedida por una libre discusión del posible contenido del contrato por las partes; lo que implica necesariamente la otra característica básica que es la inmutabilidad sustancial del clausulado del contrato.

En torno a esta segunda característica se presentan algunas diferencias a nivel doctrinario: Algunos tratadistas sostienen que la inmutabilidad es absoluta y al ser los contratos por adhesión de carácter indivisible, los contratos dejan de ser “por adhesión” cuando contienen cláusulas negociadas entre las partes. Soy de la opinión, misma que comparto con la gran mayor parte de la doctrina, de que la inmutabilidad se refiere a aspectos sustanciales del contrato y por tanto no deja de ser contrato “por adhesión” por el mero hecho de contener cláusulas que fueron negociadas o discutidas si dichas modificaciones versan sobre aspectos no sustanciales del contrato. Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores habla de “modificaciones sustanciales”, pero todavía queda por determinar qué modificaciones deben considerarse como tales.

¹⁷ Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo. Contratos de adhesión. En: ceacedo@menpa.com. 2007

¹⁸ Subsecretaría de comercio e integración, Provincia de Misiones. Consejos sobre cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Prensa SUCEI. Misiones, Argentina. Disponible en: sucei_comint@misiones.gov.ar

Para Ovalle Favela, la característica fundamental consiste en que una de las partes, que viene a ser el proveedor, formula los antecedentes, las declaraciones y las cláusulas del contrato y frente a ella, la otra parte (el consumidor) no tiene más opciones que las de adherirse al contrato o no celebrarlo. Ésta es la razón por la que a los contratos de adhesión se les denomina “de contenido predispuesto”¹⁹.

Existen algunas otras categorías y modalidades contractuales relacionadas e incluso frecuentemente confundidos con los contratos por adhesión; entre otras, encontramos a los que la doctrina ha denominado “*contratos tipos*” y los llamados “*contratos uniformes*”. Los primeros son aquéllos diseñados por grupos de empresarios o asociaciones gremiales para su posterior uso en contratos concretos y los segundos, de gran uso en comercio internacional, son definidos por Pérez Vargas²⁰ como aquéllos en los que las partes acuerdan el empleo de términos ya existentes o reglas de comercio preestablecidas, como serían por ejemplo los términos internacionales de comercio generalmente conocidos como INCOTERMS²¹ por sus siglas en inglés (*International Commercial Terms*).

1.2. Naturaleza Jurídica:

La opinión sobre la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión está muy lejos de ser unánime en la doctrina. Las diferencias en cuanto a si los “contratos por adhesión” pueden ser considerados verdaderos contratos son grandes y el debate se centra la expresión del consentimiento, partiendo de lo que, decíamos, constituye su característica primordial, es decir, la predisposición del contenido contractual.

Así, la doctrina señala tres diversas tesis en cuanto a la Naturaleza Jurídica de los contratos de adhesión, las cuales se exponen a continuación en forma sucinta:

¹⁹ Ovalle Favela, José. Derechos del consumidor. 2da Ed. 2001. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dirección General de publicaciones y Fomento editorial. Universidad Nacional Autónoma de México.

²⁰ Pérez Vargas, Víctor. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Separata, Ponente general Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Editorial Civitas, S.A. p. 185.

²¹ Los INCOTERMS son normas acerca de las condiciones de entrega de las mercancías. Son preparados por la Cámara de Comercio Internacional o ICC por sus siglas en inglés (International Chamber of Commerce) y se usan para dividir los costes de las transacciones comerciales internacionales, delimitando las responsabilidades entre el comprador y el vendedor. Reflejan la práctica actual en el transporte internacional de mercancías.

1.2.1. Tesis Normativa o Anticontractualista:

Esta tesis niega a los contratos de adhesión la categoría de verdaderos contratos en atención a la imposibilidad de *libre manifestación de la voluntad* por parte del adherente, concretamente en cuanto a las disposiciones contractuales. La voluntad libremente formada y expresada es uno de los presupuestos de la teoría general del contrato. Para ésta, “El querer interno debe haber sido formado libremente para que produzca, con su exteriorización, los efectos jurídicos correspondientes. La voluntad debe estar libre de vicios: error, intimidación y dolo”²².

“La adhesión como acto unilateral afirma que el contrato descansa en el principio que en él importa esencialmente una conciliación de intereses, de modo que cuando no se da este supuesto, o sea cuando no hay dos voluntades, una frente a la otra, que se ponen en contacto no hay contrato. Por tanto contrato y adhesión son términos que no se concilian, la adhesión es más un sometimiento y no un consentimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral constituido por la voluntad del que fija las condiciones con carácter inmodificable.”²³

Hauriou y Duguit, principales representantes de la escuela publicista y reconocidos autores del Derecho Administrativo, defienden y enriquecen esta posición con aportes de esa rama del Derecho.²⁴

Dada la similitud de dicha circunstancia con el caso de los reglamentos, se enmarca a los contratos por adhesión como normas o derecho objetivo, impuesto sea porque su difusión les

²² Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato, 2a Ed., Juricentro, San José, Costa Rica. 1990. p. 15.

²³ Soncco Mendoza, Percy Milton. Los contratos por adhesión y las condiciones generales de contratación. En: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de San Agustín. 161-178. Pág. 164

²⁴ Véase: Lafaille, Héctor. Derecho Civil. Contratos. Tomo VIII. Volumen I. Ediar S.A. Buenos Aires, Argentina. 1953. p. 142; afirma que: “Hauriou aborda el problema desde el punto de vista del Derecho Administrativo, considera al contrato de adhesión como “pura apariencia”, se presenta como un contrato cuando en realidad no lo es, por cuanto “su contenido reglamentario riñe con su envoltura”. A la luz de este enfoque, existe una sola voluntad que en uso de su poder dicta las pautas, convirtiéndose así en una voluntad reglamentaria que no trata de ponerse de acuerdo con otra, sino simplemente permanece en espera de que otras voluntades se plieguen obedientes a la suya. Duguit, Considera que la voluntad de quien fija las condiciones establece un “estado de hecho”, y no una situación jurídica individual. La existencia de este estado de hecho, que tendría carácter permanente o, al menos, de una duración dada, determina que quien desee aprovecharse de ese estado –o, mejor dicho, de sus efectos jurídicos exprese su adhesión a él. Con lo cual la situación de hecho nacería de la voluntad unilateral del adherente.”

otorga carácter de derecho consuetudinario, o porque el emisor es un órgano o institución estatal.

1.2.2. Tesis Contractualista:

Considerar la **adhesión como contrato**, obliga a buscar sus inicios en Francia en la que los contratos por adhesión no eran vistos propiamente como contratos, pero luego de la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que la doctrina francesa acogió los contratos por adhesión como verdaderos instrumentos contractuales. Los alemanes en cambio, han optado por cambiar el centro de gravedad hacia las estipulaciones generales de contratación, reconocen sin embargo, en la adhesión un mecanismo de naturaleza contractual. Italia y España han acogido también favorablemente a los contratos por adhesión y su naturaleza contractual.

La tesis contractualista afirma la condición de contratos de estos actos jurídicos, sosteniendo que sí existe, y se hace imprescindible, una manifestación libre de voluntad por parte del adherente hacia la suscripción del contrato, aunque no en la redacción de su contenido. Es decir, que la adhesión es sólo una forma de expresar el consentimiento.

En cuanto a la crítica formulada por los normativistas, señala que el derecho objetivo requiere de la actuación particular del legislador que manifiesta el querer general de la nación, y que los sujetos no pueden librarse por su propia voluntad de la sujeción a un reglamento y que en ninguna medida los contratos por adhesión poseen la obligatoriedad de ajustarse a los mismos, requisito indispensable de las normas jurídicas.

En esta línea merecen citarse: Borda, Demogue, Jossierand, Planiol y Ripert, (Salvat y Lafaille en Argentina) como defensores de la escuela contractualista, afirman que en esta modalidad se realiza la oferta y la aceptación como resultado de la libre determinación de los contratos.²⁵

²⁵ Soncco Mendoza, Percy Milton. Op, cit. pág. 164

1.2.3. Tesis Intermedia:

Esta tesis manifiesta que los contratos de adhesión son norma, si los impone o aprueba el Estado, y contrato en aquellos casos en que las partes son entes privados. Sin embargo, a esta tesis se puede hacer la crítica que no toda actuación por ser estatal deviene en normas, por cuanto el Estado, a modo de ejemplo, puede realizar contrataciones. A su vez, existe innegablemente la voluntad de contratar por parte de ambos sujetos en un contrato de adhesión.

Las actuaciones pre-contractuales, no son elemento esencial del contrato, como tampoco lo es la igualdad entre los contratantes. De ahí que, en la actualidad los contratos de adhesión pueden ser sin peligro clasificados como contratos, aún cuando el predisponente sea una entidad estatal, por cuanto siempre existe el consentimiento del adherente como requisito indispensable para que el nacimiento de los efectos jurídicos.

Manuel de la Puente y Lavalle manifiesta que la adhesión es una forma como se manifiesta el consentimiento, agregando que: se pone de manifiesto que la característica de estos contratos es que la aceptación del destinatario de la oferta se declare en forma de adhesión a las condiciones prefijadas unilateralmente.²⁶ Esta es una forma de contratar y no una categoría autónoma del Derecho de contratos.²⁷

2. Contenido del Contrato por Adhesión

El contenido primordial de los contratos por adhesión lo constituyen las denominadas condiciones generales de contratación o más propiamente cláusulas generales del contrato; pero junto a ellas, encontramos las denominadas condiciones o cláusulas particulares del contrato.

²⁶ De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, Perú. 1983. pág. 287

²⁷ Soncco Mendoza, Percy Milton. Op, cit. Pag. 163

2.1. Condiciones Generales del Contrato.

Son cláusulas generalmente inamovibles, es decir, que el contratante débil no tiene opción de negociarlas y frente a ellas no le queda más que aceptarlas o dejar de contratar. Son la concreción de las llamadas condiciones generales de la contratación, mismas que De Castro y Bravo define como: "... aquellas cláusulas elaboradas unilateralmente por un empresario, a las que ha de ajustarse necesariamente el contenido de todos los contratos que en el futuro se propone celebrar, condiciones que son impuestas a todos los ulteriores contratantes, que ven la necesidad de aceptarlas si quieren celebrar el contrato de la misma forma que se acatan las normas generales y abstractas de una ley"²⁸.

El concepto de condiciones generales sustentado por la doctrina europea cubre tanto las condiciones generales formuladas por un sólo empresario como las acordadas por varios. También es comprensivo de las elaboradas por agrupaciones para uso de sus miembros e incluso las preparadas a título de modelo por organismos o personas no vinculadas a quienes luego van a emplearla en sus contratos.

Cabe señalar que en cuanto a la contratación internacional, los principios UNIDROIT²⁹, prevén las llamadas *cláusulas estándar*³⁰, cuya definición las equipara a las condiciones generales de los contratos por adhesión. La importancia y uso de las condiciones generales en la contratación es tal, que incluso se les ha llegado a asignar la categoría de fuente de derecho comercial.

"Los juristas suelen abordar el estudio de las condiciones generales desde dos premisas generalmente admitidas. La primera afirma que las condiciones generales constituyen un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las empresas para hacer frente a

²⁸ De Castro y Bravo, citado por Monteil Vidal, Cindy Marcelle. Cláusulas Abusivas y Contratos por adhesión en el Comercio Internacional. San José, Costa Rica, 1999. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Pág. 56.

²⁹ UNIDROIT es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y se conocen como principios UNIDROIT a los principios generales de contratación internacional elaborados por dicho instituto.

³⁰ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, artículo 2.1.19 (2): "Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte."

una actividad contractual masificada. La segunda alerta sobre la necesidad de su control para impedir que los que las utilizan mejoren su posición contractual a costa de la contraparte y del correcto funcionamiento del mercado.”³¹

2.2. Condiciones Particulares del Contrato.

Por su parte, las cláusulas o condiciones particulares del contrato son aquellas que tienen por objeto, según Stiglitz y Stiglitz, consignar elementos específicos de la relación singular o, en otros casos, sustituir de cara al negocio específico, las cláusulas generales de los contratos por adhesión.

Existe la posibilidad de que las partes, junto con las cláusulas generales, establezcan ciertos acuerdos o cláusulas particulares “*que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos corrientes de formación del consentimiento*”³²

3. Ventajas y desventajas

A continuación, se hará una mención de los juicios de valor emitidos por distintos autores en cuanto a los contratos por adhesión:

Los contratos de adhesión poseen la gran ventaja de simplificar los negocios jurídicos de la misma clase pues disminuyen la inversión de tiempo y dinero para el predisponere y promueven un acceso rápido a los bienes y servicio para los adherentes al no tener que pasar por el proceso de sentarse a negociar con cada cliente de cara a la contratación.

Mediante condiciones generales estables y conocidas, se posibilitan la seguridad y previsión de la responsabilidad legal entre las partes³³. Y con una labor previa de investigación, el adherente puede conocer y estudiar las cláusulas que regirán su contrato, favoreciendo la posición igualitaria entre clientes o adherentes.

³¹ Alfaro Aguila-Real (1991). Op. cit.

³² Stiglitz, Rubén y otro. Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985. p. 75.

³³ Ibid, p. 20.

La principal desventaja radica en la limitación de la libertad de contratación o a la autonomía de la libertad del adherente, quien no se encuentra en posibilidad de discutir y lograr que sus intereses particulares se reflejen en el contenido del pacto.

Otra crítica a este tipo de contratos consiste en la disparidad en cuanto a las relaciones de poder entre las partes, lo cual acentúa aún más la primera crítica esbozada. Dicha disparidad se hace evidente cuando el predisponente es el Estado y las partes se ven obligadas a suscribir el contrato por existencia de un monopolio estatal. Sin embargo, también en el caso de los empresarios, ha de reconocerse su poder sobre el pequeño consumidor.

Para Romero Pérez³⁴, otra de las desventajas en este tipo de contratos es la fuerza económica del predisponente, quien posee una asería legal y financiera de la que carece el adherente.

4. Elementos

Dado que el término contratos por adhesión no corresponde propiamente a una categoría de contratos, no se puede hablar de los elementos como si de un contrato específico se tratara (por ejemplo contrato de seguro, tarjeta de crédito). Sin embargo, podemos hacer algunas anotaciones generales.

4.1. Elementos subjetivos:

Desde el punto de vista subjetivo, las partes son el predisponente, por un lado, y el adherente, por el otro.

El Predisponente es el sujeto del contrato por adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, cuando desee contratar.

³⁴ Romero Pérez, Jorge Enrique. Derechos del Consumidor. En: Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, San José, N° 100, 2003, Enero - Abril, págs. 183-217., p. 193.

A este sujeto corresponde en su totalidad, la labor de redacción del contrato. Usualmente este papel lo asumen “grandes empresas que ofrecen productos o servicios de forma masiva”³⁵, aunque podría ser aplicado por cualquier sujeto de derecho. Existen casos en los que también el Estado se constituye en parte predisponente, incluso frente a supuestos de monopolio estatal.

El adherente, por su parte, es el sujeto que se limita a manifestar su acuerdo simplemente³⁶. Es el sujeto que se adhiere a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente. Por lo general, en esta posición se encuentran los consumidores y usuarios, aunque excepcionalmente puede tratarse de un contratante que no revista tal carácter, p. ej., una empresa que se somete a las condiciones impuestas por otra que goza de monopolio.

Para Stiglitz, característica del adherente es su estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente. La parte débil puede aceptar en bloque el esquema programado por el predisponente o no contratar, lo cual en el caso de los servicios públicos, por ejemplo, no es una posibilidad³⁷.

El adherente, por su parte, es el sujeto usualmente denominado consumidor o parte débil³⁸, en la mayor parte de los casos no ha sido determinado al momento de la redacción del contrato. La ley 7472 lo llama “consumidor”, aunque se puede hablar también de factores intermedios de los procesos de producción, especialmente en la contratación internacional, como por ejemplo grandes empresas que contratan entre ellas, o incluso Estados.

³⁵ Monteil Vidal, Cindy Marcelle (1999). Op.cit., p. 35.

³⁶ Baudrit Carrillo, Diego (1990). Op.cit., p. 41.

³⁷ Stiglitz, Rubén y otro (1985), p. 51.

³⁸ Monteil Vidal, Cindy Marcelle (1999). Op.cit., p. 43. No obstante, cabe aclarar que la “debilidad” de esta parte, no siempre puede equipararse con menor poder económico, sino específicamente con la imposibilidad de modificar las cláusulas contractuales.

4.2. Elemento Objetivo y Formalidades:

El objeto del contrato por adhesión, según Planiol y Ripert, lo constituye “*la prestación de un servicio privado con utilidad pública, pretendido por todo el mundo y que solamente una persona determinada puede proporcionar*”³⁹. Sin embargo, dicha afirmación no puede ser establecida para todos los contratos de adhesión. Más aún, el objeto del contrato por adhesión solo puede ser desarrollado en cada tipo de contrato específico.

En principio, para los contratos por adhesión, rige la informalidad propia de las materias civil y comercial.

³⁹ Cita de Monteil Vidal, Cindy Marcelle (1999). Op.cit., p. 36.

CAPÍTULO III

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Definición

Aun no existe en la doctrina ni en las legislaciones una definición uniforme de lo que debe entenderse por “cláusulas abusivas”, sin embargo, hay consenso en torno a ciertos elementos que deben estar presentes en cualquier cláusula para poderse considerar abusiva. Esencialmente, una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada, creando un desequilibrio importante entre las cargas de las partes.

Algunas definiciones de fuente legal son:

(a) La Directiva Europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993) en su art. 3.1., establece que cláusulas abusivas son aquellas que “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Pizarro Wilson opina que “el elemento central de esta definición radica en el desequilibrio de la relación contractual, lo que desencadena una falta de equivalencia entre los contratantes”⁴⁰.

(b) España: La “Ley sobre condiciones generales de la contratación” (Ley 7ª/1998, sancionada el 13 de abril de 1998), por la que se dispuso añadir un artículo 10 bis a la “Ley general de Defensa del consumidor”, estableció que: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones que se deriven del contrato”.

(c) Francia: El “Code de la Consommation” (sancionado por Ley 93-949 del 26 de julio de 1993), en su art. L. 132-1 define la cláusula abusiva de la siguiente manera: “En los

⁴⁰ Pizarro Wilson, Carlos René (2004). Op. cit., p. 124

contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

(d) Suiza: La “Ley federal contra la competencia desleal” (LCD, 1/3/88), en su art. 8º, establece que: “Utilizaciones de condiciones comerciales abusivas: Actúa de manera ilegal el que utiliza condiciones generales formuladas de antemano con riesgo de provocar daño a expensas de una de las partes del contrato y que: i) divergen de manera notable del régimen legal que las rigen directamente o por analogía; ii) reparten los derechos y obligaciones de manera manifiestamente diferente de la que supone la naturaleza del contrato”.

(e) Bélgica: Por Ley sobre prácticas del comercio y sobre la información y la protección del consumidor (14/7/91) se establece que se debe entender por cláusula abusiva: “toda cláusula o condición (general) que, por sí sola o combinada con una u otras cláusula o condiciones (generales), cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes” (art. 31).

(f) Italia: Por ley de febrero 6 de 1996 introduce en el Código civil el artículo 1469 bis “en cumplimiento de las obligaciones derivadas” de su pertenencia a la Comunidad Económica Europea. Sobre el particular se establece que “en el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la transferencia de bienes o la prestación de servicios, se consideran vejatorias las cláusulas que, malograda la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato...”.

(g) Luxemburgo: Por ley del 25/8/83 sobre “Protección jurídica del consumidor” establece que “en los contratos concluidos entre un proveedor profesional de bienes de consumo [...] y un consumidor final privado, toda cláusula o combinación de cláusula que entrañe en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor abusiva y como tal reputada nula y no escrita” (art. 1º).

(h) El Código de Defensa del consumidor de Brasil (sancionado por Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990) no contiene explícitamente una definición legal de cláusulas abusivas, no obstante, en el enunciado de su artículo 51 se incluye como cláusula abusiva (ap. IV) una noción útil a tales fines, dado que se consideran tales a las que “establezcan obligaciones consideradas inequitativas[...] que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad”. En el ap. XVI, parág. 1 se introduce una suerte de norma interpretativa complementaria de la anterior: “Se presume exagerada, entre otros casos, la ventaja que: i. Ofende los principios fundamentales del sistema jurídico a que pertenece; ii. Restringe derechos u obligaciones fundamentales, inherentes a la naturaleza del contrato, de modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual; iii. Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor considerándose la naturaleza y contenido del contrato, el interés de las partes y otras circunstancias particulares del caso”.

(i) Argentina carece de una definición en la Ley 24240. En cambio, sí lo hizo el decreto 1798/94 del 13/10/94, reglamentario de la referida ley: artículo 37: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

Entre las definiciones que se han señalado en la doctrina tenemos:

(a) “Toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre-redactado por el primero”⁴¹. Stiglitz critica esta definición porque atribuye condición de abusivas sólo a las cláusulas contenidas en contratos predispuestos⁴².

⁴¹ H. Bricks. “Les clauses abusives”, L. G. D. J., París, 1982, p. 2., cita de Stiglitz, Rubén (1999), Op. cit. P. 34.

⁴² Véase: Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel. Derechos y defensa del consumidor. La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1994, p. 233, nota 31; afirman que la cláusula abusiva es un tema que atrapa en su formulación a la contratación privada y pública; discrecional y predispuesta; controlada previamente (administrativamente) o no, pero que en el marco de los contratos de consumo encuentra sede propicia en la negociación uniforme o a tipos constantes.

(b) “Toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores”⁴³. La crítica que Stiglitz atribuye a la precedente definición es que no cualquier desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en perjuicio del consumidor pone de manifiesto la existencia de una cláusula abusiva. Debe tratarse de un desequilibrio significativo o manifiesto.

(c) Para Juan Farina⁴⁴, constituyen cláusulas abusivas las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, y cita como ejemplo, a las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por vicios en las cosas; las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte; las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa o establecen a su cargo sumas inferiores a las que puedan corresponder en concepto de indemnización por responsabilidad, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos, etcétera.

Para finalizar debemos señalar que no hay en nuestra legislación una definición de “cláusulas abusivas”.

2. Características

Siguiendo a Rubén Stiglitz⁴⁵, la enunciación de los caracteres de la cláusula abusiva depende de la concepción que considere:

Por un lado, que las mismas pueden ser contenido de los contratos, sin importar su forma de creación, lo que significa que acepta su existencia ya sea en los contratos discrecionales o predispuestos y que denominaremos amplia, o por otro lado, que sostenga que la negociación o tratativa previa del contenido contractual suprime el abuso y que, por lo tanto, sólo interesa el análisis del tema en lo que se refiere a los contratos por adhesión, por lo que la enunciaremos como restrictiva o limitada.

⁴³ G. Cas. “La défense du consommateur. Les puges des contracts”, Presses Universitaires de France, París, 1980, p. 53., cita de Stiglitz, Rubén (1999), Op. cit. p. 34.

⁴⁴ Farina, Juan. Contratos comerciales modernos. 2a. ed., Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1997. p. 148.

⁴⁵ Stiglitz, Rubén S. (1999). Op. cit. p. 38

Coherentes con lo que expresamos anteriormente, afirmamos que el poder de negociación generador de abuso no es atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta. Lo que debe acentuarse conceptualmente en el análisis del contrato es lo referente al poder de negociación que concentra uno de los polos de la negociación y del que carece el otro. Es la debilidad jurídica o desigualdad formal del adherente (especialmente el consumidor), lo que favorece (posibilita) que se incluyan cláusulas que desnaturalizan manifiestamente la relación de equivalencia (lo que se da aun en los contratos que presumen de “paritarios”).

a. Según la concepción amplia:

Sobre la base de lo expresado habremos de enunciar y desenvolver brevemente el carácter esencial de la cláusula abusiva visualizado desde una perspectiva amplia:

La característica definitoria de la cláusula abusiva es que importe un desequilibrio significativo entre los derechos y cargas de las partes, derivadas del contrato en perjuicio del contratante débil.

Para la concepción amplia, no constituye cualidad de la cláusula abusiva y le resulta absolutamente indiferente que la regla cuestionada haya sido negociada individualmente o no y descarta como carácter definitorio que haya sido impuesta al consumidor por un abuso del poder económico del profesional que le confiere una ventaja excesiva.

b. Según la concepción restrictiva o limitada:

Son características de las cláusulas abusivas:

(1°.) Que no haya sido negociada individualmente: En efecto, para quienes afirman que el ámbito de aplicación lo constituyen sólo los contratos por adhesión, el carácter relevante lo representa el hecho de que la cláusula reprochada no haya sido negociada individualmente.

(2°.) Que la cláusula objetada le haya sido presentada a la parte débil ya redactada. En ese caso, es indiferente a quién pertenezca la redacción.

(3°.) Que el contratante débil no haya podido participar (o influir) en su contenido.

c. Caracteres comunes a las concepciones amplia y restrictiva:

- 1º. Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe.
- 2º. Que la cláusula consagre un desequilibrio significativo entre las posiciones de las partes contratantes. El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta una de las partes, con el que supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante.

3. Clasificación

Las cláusulas abusivas pueden revestir varias modalidades. Pueden ser cláusulas claras, cláusulas ambiguas u oscuras y, por último, pueden ser cláusulas sorprendivas. Es posible que una cláusula sea abusiva y no genere ningún asomo de ambigüedad. En este evento, el predisponente, casi con descaro, presenta fehacientemente y sin ocultarlo un efecto abusivo. Estas cláusulas por violar el principio de la buena fe, que es derecho positivo, adolecen de objeto ilícito y sufren de nulidad. Por otro lado, otras cláusulas son ambiguas. Hay ambigüedad no sólo cuando una cláusula admite más de una interpretación, sino también cuando existen cláusulas insuficientemente destacadas, por lo que no son aptas para advertir al adherente de las limitaciones de cobertura que pretenden introducir; o cuando algunas cláusulas o conceptos no están correctamente definidos o expresados; o cuando la cláusula contradice la información que previamente se había proporcionado al asegurado por medio de agentes, publicidad, folletos explicativos, etc. Lo que hay, en últimas, es una contradicción entre los términos de la cláusula y los aspectos esenciales del contrato. Por el otro lado, y también dentro del género de las cláusulas abusivas, se reconoce una serie de cláusulas denominadas por la doctrina “*sorpresivas*”, las cuales se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, resultarían, además de desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común (*Überrumpelungseffekt*) y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica. En palabras de Stiglitz: “Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia”.

La ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato del 1º de abril de 1977 (AGB-GESSETZ) dispone que: “No forman parte del contrato las estipulaciones contenidas en las condiciones generales del contrato que, según las

circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no las pueda prever”.

4. Algunas cláusulas abusivas típicas

El número de posibles cláusulas abusivas es ilimitado, sin embargo, existen ciertos tipos ampliamente difundidos en el tráfico económico moderno. A continuación citaremos algunos de ellos:

a) Cláusulas que permiten modificar unilateralmente el contenido del contrato.

Tal como lo expresa Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁶, estas condiciones generales son quizá las que resultan más claramente contrarias al equilibrio del contrato. Pueden ser:

- Sobre la prestación:

En la práctica comercial actual son muchos los casos que podemos encontrar, a manera de ejemplo señalamos la cláusula que deja sujeta a la unilateralidad de la parte actora la variación de los intereses fluctuantes en un contrato bancario, o aquella, muy recurrente en el comercio de automotores nuevos, donde la parte vendedora se reserva la facultad de entregar la unidad elegida u otra similar.

Debemos recordar que la determinación del contenido de la prestación objeto del contrato constituye un principio de seguridad jurídica, es un requisito esencial sin el cual no existiría un contrato genuino. Según nuestro código civil, debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie y al menos determinable en cuanto a su cantidad, y en el mismo sentido, aunque de manera más condensada, el citado Código Civil argentino, en su art. 1170 dice: *"Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse"*.

- Sobre el precio:

⁴⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Tecnos, Madrid, España. 1987; cita de Juan Farina (1997), Op. cit., p. 153.

Los contratos comerciales son onerosos y la onerosidad se manifiesta, salvo alguna excepción, en un precio determinado (entiéndase que el precio es el estipulado en el contrato como resultado del acuerdo de las partes o el que resulte de ciertas circunstancias ajenas a la libre voluntad de una de ellas).

En ocasiones, el predisponente se reserva la facultad de reajustar el precio originario del objeto del contrato hasta el momento de la entrega, sujetándolo a parámetros aparentemente ajenos a propia voluntad. En ocasiones se señalan exhaustivamente los parámetros que servirán para determinar el precio, como puede ser, el aumento del costo de las materias primas, lo cual atenúa un poco la unilateralidad, pero de igual manera es conveniente analizar si se está desnaturalizando el contrato e incurriendo en abuso de la posición dominante que implique lesión o abuso de derecho.

Ahora bien, existen cláusulas que establecen pago diferido del precio donde el adquirente no puede calcular con exactitud cuánto va a tener que pagar; dichas cláusulas deben considerarse nulas, no así aquellas contenidas en contratos de suministro con ejecución a lo largo del tiempo en la cuales se autoriza la determinación del precio en oportunidad de cada prestación y tampoco aquellas que hacen referencia a un precio de mercado sujeto a oscilaciones, siempre que, en principio, tal oscilación pueda producirse en ambos sentidos y no dependa de la voluntad de la empresa vendedora, o de la entidad que agrupe a las empresas expendedoras de dicho producto.

La imposibilidad de verificar la exactitud del monto facturado es un problema de suma gravedad en cuanto a las prestaciones de servicios; las empresas (frecuentemente monopólicas) confeccionan las facturas de manera que resulta imposible a los usuarios su control (e incluso, el simple conocimiento), quedando constreñidos a pagar el monto de dicha factura, bajo apercibimiento de suspensión del servicio. La situación aquí es la siguiente: Se deja en indefensión al usuario presumiendo infalibilidad o descartando el posible dolo de quienes llevan a cabo las operaciones de cálculo o manipulan a las máquinas que las realizan.

Al entregar una cosa diversa de la prometida, al realizar de distinta manera una obra, al cumplir en un plazo incierto, o al no informar, sino hasta último momento, cuál es el precio no

se cumple con la buena fe. Compartimos la opinión de Rezzonico⁴⁷ de que no se puede dejar la suerte del contrato prácticamente al arbitrio de una de las partes si se toma en cuenta la justa ponderación de los intereses de ambos contratantes (Estas circunstancias deben dilucidarse con base en el principio de razonabilidad, es decir, puede aceptarse el cambio que implique mejora de la prestación, cuando no altere el precio ni la finalidad para la cual se contrató).

Para terminar, señalamos que nuestra Ley de Defensa de los Consumidores declara sin ningún efecto las cláusulas de un contrato que establezca la modificación unilateral del contrato por parte del proveedor, en perjuicio del consumidor (art.24, inc. a)

b) Facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

La cláusula que establezca dicha facultad debe considerarse nula pues es violatoria a los derechos del contratante débil. (Decimos “discrecionalmente” porque deben exceptuarse los casos en que se deba a incumplimiento de las Prestaciones, cuando se trate de obligaciones modales o se trate de contratos Sin término de duración que se prolonguen en el tiempo, como los de suministro).

Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores declara sin ningún efecto las cláusulas de un contrato que establezca la rescisión del contrato por parte del proveedor, en perjuicio del consumidor (art.24, inc. a)

c) Cláusulas de exclusividad

Esta cláusula se refiere a la restricción de una parte a contratar únicamente con la otra parte en atención a determinado bien o servicio. Evidentemente esto limita la libertad económica de ésta, sin embargo algunos autores observan que no es conveniente decidir *prima facie* por la nulidad de dichas cláusulas, antes bien, debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso.

⁴⁷ Rezzonico, Juan. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea. Buneos Aires, Argentina. 1987. p. 550.

d) Cláusulas de prórroga automática del contrato.

También llamada “tácita reconducción”, o “renovación automática” del contrato, ésta se estipula para operar en caso de que el consumidor o usuario no exprese su voluntad de no prorrogar el contrato con antelación. De esta manera, el adherente podría quedar sujeto a una carga o conjunto de cargas por un período a veces mucho más extenso de lo que tenía planeado o necesitaba. Esta cláusula se predispone, frecuentemente, en los contratos de duración tales como el suministro, seguro, prestación de servicios, etcétera. Las cláusulas de este tipo se justifican generalmente por la planificación de la producción, por parte de la empresa predisponente.

e) Cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad a la empresa.

Ante la eventualidad de vicios en los productos volcados al mercado o el incumplimiento cabal por parte de un sujeto de la relación contractual, surgen responsabilidades frente al consumidor esencialmente de reparar el daño causado, sin embargo, en ocasiones dentro de las estipulaciones contractuales, uno de los contratantes podría bien limitar dicha responsabilidad a un monto fijo o bien suprimir del todo la responsabilidad patrimonial en caso de acaecer dicho incumplimiento (el fabricante pretende exonerarse de dicha responsabilidad frente al adquirente con quien no ha contratado; y el vendedor, a su vez, pretende lo mismo, alegando no ser responsable por no haber fabricado el producto).

Las cláusulas sobre "limitaciones a la responsabilidad" que imponen las empresas se refieren, principalmente, a los casos de evicción y vicios redhibitorios.

El peligro en cuanto a dichas cláusulas radica en que, como ha señalado la doctrina, pueden constituir una invitación hacia los oferentes de bienes y servicios a la negligencia en los niveles de calidad e incluso al dolo en el cumplimiento de sus obligaciones.

En las ventas en masa, las cláusulas exonerativas de responsabilidad son impuestas por el empresario e importan para el cliente, una renuncia a ciegas sobre la calidad de un producto que sólo conoce el fabricante y que en todo caso, debiera conocer quien lo comercializa, pero que escapa a toda posibilidad de control y de conocimiento por parte del público consumidor.

Más grave resulta la cuestión cuando el predisponente procura liberarse de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su parte, con lo cual el contrato queda sujeto a su arbitrio.

Asimismo, una cláusula de esta naturaleza carece de eficacia frente a las disposiciones del Código Civil que prohíben la exclusión de responsabilidad en los casos de dolo y se opone al régimen de las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones, que prevé nuestro ordenamiento positivo.

En Comercio Internacional son comunes estas cláusulas por ejemplo en los contratos de transporte, y en ese sentido, el profesor Víctor Pérez Vargas⁴⁸, observa que es usual encontrar la cláusula limitativa de responsabilidad que establece que: *“El transportista no tendrá responsabilidad por la pérdida o daño cuando sean subsiguientes a la descarga del buque”*. Al respecto, los principios generales de contratación internacional (UNIDROIT) señalan en su art. 7.1.6 que: *“Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento... no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”*.

Retomamos la aclaración hecha por Stiglitz⁴⁹, en cuanto a la licitud de los seguros contra responsabilidad civil, los cuales no se enmarcan dentro del tipo de cláusulas abusivas estudiado en este apartado, en tanto que la responsabilidad del asegurador termina hasta donde el seguro alcance a cubrir los daños ocasionados.

Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores declara sin ningún efecto las cláusulas de un contrato que exoneren al proveedor de su responsabilidad civil, salvo que el consumidor caiga en incumplimiento del contrato (art.24, inc. b)

⁴⁸ Pérez Vargas, Víctor, Op. cit., p. 194.

⁴⁹ Stiglitz, Rubén y otro (1985), Op. cit., p. 114.

f) Prórroga de jurisdicción.

Es ésta una estipulación frecuente en los contratos con cláusulas predispuestas, en cuya virtud el consumidor se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente.

Las empresas argumentan que no es posible tener que hallarse sometidas a la jurisdicción de cualquier tribunal de la República, lo cual exige un enorme despliegue de profesionales, gastos, y una compleja organización para ejercer cierto control sobre esta posible dispersión de juicios; pero a su vez el consumidor puede, con tal cláusula, ver cercenadas sus posibilidades de defensa en juicio, pues ello puede conducir a que le resulte prácticamente imposible acudir a la vía judicial en defensa de su derecho. Sin embargo, siempre que la empresa tenga una sucursal, una especie de representación incluso concesión o agencia-, lo correcto es acogerse a esa jurisdicción.

g) Inversión de la carga de prueba

Las reglas generales en cuanto a la carga de la prueba, señalan que corresponde a quien afirma un hecho, aportar los elementos de prueba para sustentarlo. Asimismo, se releva la carga de la prueba en cuanto a la negación de un hecho⁵⁰.

La cláusula “... *que impone a una de las partes del contrato la carga de la prueba, cuando ello corresponde normalmente al otro contratante*” (de esta manera lo establece el art. 1023 del Código Civil de Costa Rica), limita la apreciación de la prueba por parte del juez y, según Stiglitz⁵¹, atentan contra el derecho de uno de los contratantes, colocándolo en estado de indefensión.

h) Otras causales de nulidad de cláusulas predispuestas.

Según la ley española de Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), además de algunas ya mencionadas, son nulas las cláusulas que: “*supongan la*

⁵⁰ Para Chioyenda, el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impositivos, los que impiden producir a los hechos el efecto que les es propio. Igualmente corresponde al demandado probar los hechos extintivos, como el cumplimiento de la obligación” Cita de Stiglitz, Rubén y otro., Op. cit., 172-173.

⁵¹ Stiglitz, Rubén y otro., Op. cit., p. 179.

negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación”.

La ley española incluye también, entre las condiciones generales prohibidas, las que pretenden obligar al consumidor a adquirir, junto con el producto o servicio deseado, otro u otros que no lo son; o a pagar un mayor precio sin que haya prestación adicional alguna, así como los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, etc., que no se correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso.

Nuestra Ley de Defensa de los Consumidores, en su art. 24, sanciona con ineficacia jurídica, además de las ya señaladas dentro de los apartados anteriores, a aquéllas cláusulas que establezcan: *fijación de términos de prescripción inferiores a los establecidos en el código civil; limitación u obstaculización del derecho de acción del consumidor contra el proveedor, o inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; imposición obligatoria del arbitraje; y renuncia de los derechos del consumidor contenidos en la presente ley.*

CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

1. Derecho Comparado

En el Derecho comparado se reconocen dos fases en la evolución de las técnicas destinadas a proteger los derechos del contratante adherente en general.

La primera fase abarca la mayor parte del siglo XX y estuvo inspirada en el *Derecho Común de los contratos*; se caracterizó por la recurrencia, por parte de la doctrina y jurisprudencia –española, alemana y francesa-, a las *cláusulas generales* (buena fe, orden público, buenas costumbres, etc.); a la protección del *proceso de formación del consentimiento* (vicios del consentimiento, lesión subjetiva, etc.); a ciertas reglas de *interpretación contractual* (regla contra proferentem) y a supuestas obligaciones implícitas en el contrato. Ésta técnica fue utilizada tanto el Derecho continental europeo como en los sistemas que forman parte del *Common Law*. Puede encontrarse en Jurisprudencia alemana, en aplicación del párrafo 242 del BGB (buena fe objetiva). La *Buena fe objetiva* fue la cláusula general más usual en la jurisprudencia alemana y la misma tendencia ocurrió en España⁵². El Código Civil Italiano de 1941 en su Art. 1366 expresa que el contrato debe ser interpretado conforme la buena fe. El principio de la buena fe está contenido también en los Art. 7 y 1258 del Código Civil y Art. 57 del Código de Comercio Español. En estos se declara respectivamente, que el ejercicio de los derechos deberá ser conforme a las exigencias de la buena fe, y que, precisamente en materia de interpretación, una vez perfeccionado el contrato obliga no solamente a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso ya la Ley. El artículo 57 del Código de Comercio Español es de extraordinario interés en este sentido por su enorme riqueza de

⁵² Véanse: **García Amigo, M.**, "Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles". En: Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1969; "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", En: Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1978; y **De Castro y Bravo, F.**, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Civitas. Madrid, España, 1985; "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en ADC, tomo XXXV, fasc. IV. Madrid, España. Octubre-diciembre, 1982; "Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta", en ADC, t. XI, fasc. IV. Madrid, España. Octubre-diciembre, 1958; éste último ya vaticinaba la necesidad de una legislación especial.

contenido dice así: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

El *Codice Civile Italiano* (1942), sin duda vanguardista para su época, estableció además un control distinto, más bien formal y no sustantivo, según el cual, bastaría que el adherente tuviera conocimiento del contenido contractual para reconocerle validez a las condiciones generales⁵³ y además preceptuó la regla de interpretación conocida como regla *contra proferentem*⁵⁴; ambas novedades que fueron objeto de un importante estudio crítico realizado por Giordano en 1951⁵⁵, resaltando el hecho de que la técnica adoptada en el *Codice* (protección de índole meramente formal del consentimiento) daba lugar a un verdadero Derecho paralelo de cláusulas abusivas que cuentan con el consentimiento de los adherentes o, en su caso, han sido aprobadas específicamente por escrito. La doctrina ha señalado, con toda razón, que con tal sistema lo único que se garantiza es que el adherente pueda conocer los abusos a que va a ser sometido sin que tenga posibilidad de evitarlos, y que, en definitiva, a quien favorece es al oferente, ya que consagra la eficacia de las cláusulas abusivas siempre que se haya dado al adherente la posibilidad de conocerlas.

Sin embargo, estas técnicas sólo actuaban una vez que se presentaba la aplicación de la cláusula abusiva, es decir, el control era posterior a la formación del contrato y, por tanto, su eficacia era solamente correctiva o represiva; además el proceso judicial destinado a restarle

⁵³ Codice Civile Italiano, art. 1341: “Condizioni generali di contratto.- Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza (1370, 2211).

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, (1229), facoltà di recedere dal contratto(1373) o di sospendere l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze (2964 e seguenti), limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni (1462), restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi (1379, 2557, 2596), tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie (Cod. Proc. Civ. 808) o deroghe (Cod. Proc. Civ. 6) alla competenza dell'autorità giudiziaria.”

⁵⁴ Codice Civile Italiano, art. 1370: “Interpretazione contro l'autore della clausola.- Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

⁵⁵ Giordano, A. “I Contratti per adesione”, Milano, 1951.

eficacia o validez a las cláusulas abusivas en este sistema era muy costoso y engorroso para el adherente. Según lo demuestra el importante trabajo de Derecho Comparado de los países miembros de la Unión Europea, compilados por Lamberterie, Rieg y Tallon, la Teoría General del Contrato había demostrado ser ineficaz, a pesar de la gran difusión de importantes estudios dogmáticos sobre el derecho común como instrumento de control de las cláusulas abusivas, y por esa razón en distintos países se comenzaron a dictar normas especiales para el control de las *condiciones generales*, siendo el Derecho alemán el que inaugura la segunda fase, es decir, la del control mediante leyes especiales⁵⁶, con la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (AGB-Gesetz, del 6 de septiembre de 1976), primer intento legislativo de regular de manera sistemática el fenómeno de las cláusulas abusivas.

Lo que ya podemos llamar esquema clásico en la materia se consagró en AGB-Gesetz y por tal razón abordaremos el estudio de este esquema principalmente mediante el análisis de las disposiciones de dicha ley, para luego pasar por algunas particularidades de otros países. Veamos:

a. En Alemania:

La recién citada y preponderante ley alemana contiene tanto normas de control de fondo como normas procesales.

La determinación de las cláusulas ineficaces está regulada en los párrafos 9 a 11 de la ley. El párrafo 9 establece una cláusula general de control y los párrafos 10 y 11 señalan un listado de cláusulas prohibidas y sujetas a revisión, respectivamente. Para poder determinar si nos encontramos ante una cláusula abusiva es necesario primero revisar si la estipulación se subsume dentro de alguno de los numerales del catálogo de los artículos 10 y 11 y una vez realizada la revisión y descartada su inclusión, es posible aplicar la cláusula general de control basada en la buena fe.

⁵⁶ Tallon, D., "Les Contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.", en *Revue internationale de droit comparé*, 1982; cita de Carlos Pizarro Wilson (2004). Op. cit. p. 127.

En cuanto al ámbito de aplicación de la cláusula general (parágrafo 9), se observa el criterio objetivo, pues es aplicable sobre condiciones generales impuestas a los particulares, sin importar si éstos son consumidores o comerciantes. Es decir, se atiende solamente al cumplimiento de alguna de las hipótesis descritas por el mismo precepto, interpretación que se ve reforzada por el artículo 24 de la Ley que establecía la inaplicabilidad de los preceptos 10 y 11 a las condiciones generales “utilizadas entre comerciantes, cuando el contrato se refiera a su actividad comercial”, y no excluye la aplicación de la cláusula general. La definición de “condiciones generales” viene dada por el parágrafo primero de la ley, comprendiendo las cláusulas preestablecidas con anterioridad con el objeto de aplicarlas a una serie indeterminada de contratos, dejando fuera de su ámbito de aplicación las cláusulas o estipulaciones que las partes han discutido o negociado singularmente; cubre tanto las condiciones generales formuladas por un sólo empresario como las acordadas por varios así como las elaboradas por agrupaciones para uso de sus miembros e incluso las preparadas a título de modelo por organismos o personas no vinculadas a quienes luego van a emplearlas en sus contratos. Todo lo anterior en completa concordancia con lo establecido por la doctrina europea.

Ahora bien, el *onus probandi* de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la ley radica en aquel que pretenda hacer uso de la protección concedida por la misma y, por el contrario, quien le niegue aplicación tendrá que probar la existencia de los factores que enervan su funcionamiento.

En cuanto a la aplicación de la cláusula general del parágrafo 9, el inciso primero establece el criterio de regulación de las condiciones generales, mientras que en el inciso segundo se formulan dos parámetros de aplicación.

El criterio formulado en el inciso primero del parágrafo 9 comprende dos nociones fundamentales: El principio de la buena fe y el carácter no razonable de la cláusula. El llamamiento al principio de la buena fe responde a una forma de seguir la jurisprudencia anterior que fundamentaba el control del contenido de las condiciones generales en el artículo 242 del BGB —*true und gluben*—. El juez debe determinar el interés del estipulante para mantener la cláusula litigiosa y, por otra parte, el interés del consumidor en reemplazarla por

la disposición supletoria que consagra la ley. En consecuencia, realiza una comparación para saber si existe una desventaja irracional o inequitativa.

Entre las cláusulas generales prohibitivas, siguiendo a Farina, podemos decir que, “en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos (...). La doctrina ha acudido a figuras jurídicas amplias para poner un límite a los excesos de las condiciones generales: abuso del derecho, buena fe, función social, buenas costumbres, moral social, orden público económico. Pero el punto básico lo constituye la *buena fe*...”⁵⁷ Ciertamente, la buena fe constituye una regla ética de conducta que obliga a los contratantes a comportarse leal y honestamente con la otra parte, utilizándola como criterio valorativo de las obligaciones impuestas a cada parte.

Rezzónico afirma que “...el intérprete debe acudir fundamentalmente a la buena fe con referencia a los usos del tráfico, tomando como criterio comparativo el comportamiento de un cliente común respecto de ese empresario concreto”⁵⁸, habida cuenta de que no es lo mismo la buena fe de un simple ciudadano que la de un comerciante puesto que éste se comporta con otro conocimiento, en sus relaciones con el público consumidor, con otros comerciantes o ante el Estado en sus diversas manifestaciones⁵⁹

Según el principio de buena fe objetiva, los contratos deben ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo aquello a que expresamente se han obligado sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él.

Bajo ese entendido la buena fe exige una actuación recta y honrada; es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.⁶⁰

⁵⁷ Farina, Juan (1997), Op. cit., p. 160

⁵⁸ Ibid., p. 159

⁵⁹ Véase: Kemelmajer de Carlucci, Aída “La Buena Fe en la Ejecución de los Contratos”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. T. 18, Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina. 1998.

⁶⁰ Carlos Andrés Laguado Giraldo. Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. Vniversitas. Mayo 2003. Pag. 231-251. p. 246

El mismo Rezzónico afirma que: “la buena fe será elpreciado auxiliar del magistrado para la vinculación jurídica eficaz pero a la vez moralmente aceptable”.⁶¹

La generalidad de la doctrina y la jurisprudencia no han acertado a desarrollar una doctrina coherente y fundamentada sobre el significado que tiene sobre las implicaciones del principio de buena fe en este campo; Ballesteros Garrido califica dicho principio como el elemento central alrededor del que gira toda la normativa sobre los contratos de adhesión⁶².

El primer parámetro del inciso segundo del párrafo 9 alude a dos principios reconocidos por la jurisprudencia con anterioridad a la AGB-Gesetz. La Corte Federal ya había decidido que una cláusula de condiciones generales era ineficaz cuando modificaba la imagen directriz del contrato que el derecho dispositivo establecía. Esta aplicación se sustentaba en el entendido que el derecho dispositivo descansa en una prescripción de justicia que no puede ser derogada por una cláusula contractual sin motivos particulares que la justifiquen. Con todo, la inderogabilidad del derecho dispositivo no es absoluta y, en todo caso, sólo constituye una regla residual, puesto que primero debe atenderse a los párrafos 10 y 11 de la ley.

El segundo parámetro se refiere a la existencia de una desventaja irracional, la cual se presenta, en consonancia con la jurisprudencia alemana, cuando una estipulación contractual limita los derechos y las obligaciones esenciales que resultan de la naturaleza misma del contrato, de tal manera que la realización del objetivo contractual perseguido se desvanece.

El problema asociado a la aplicación de la cláusula general radica en la dificultad de auscultar cuál es su ámbito de aplicación, y sólo juega un papel preponderante frente a los catálogos de los párrafos 10 y 11 de la ley en las condiciones generales entre comerciantes.

Los párrafos 10 y 11 consagran catálogos de cláusulas ineficaces que se corresponden con lo que la doctrina ha llamado listas grises y negras respectivamente. El párrafo 10

⁶¹ Rezzónico, Juan Carlos (1987). pág. 623

⁶² Ballesteros Garrido, José Antonio. “Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas: A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)”. En: *La Ley*. No. 5, (Sept. 1999). pags. 1725-1734.

enumera aquellas cláusulas que tienen una presunción *iuris tantum* de ser abusivas, se encuentran sujetas a la revisión o apreciación del tribunal sin ineficacia de pleno, o sea, una serie de cláusulas cuya validez depende de la apreciación del juez que evalúa las circunstancias y determina si dichas cláusulas son inapropiadas, irracionales o no justificadas. Estos términos no poseen una definición precisa, por lo que corresponde a la jurisprudencia verificar si las cláusulas deben ser privadas de eficacia.

El párrafo 11 de la Ley contempla una larga lista de cláusulas no sujetas a revisión, e ineficaces en todo caso, sin embargo, esto no significa que los tribunales carezcan de toda posibilidad de apreciación, porque el mismo párrafo 11 contiene fórmulas vagas o imprecisas cuya significación debe ser fijada por los tribunales. Lo que sí ocurre es que la facultad de apreciación de los tribunales se limitará a determinar si las características de una cláusula prohibida específica se cumplen y, en dicho caso, la sanción automática será la nulidad. Como se observa, se trata de un control sustantivo o de fondo.

En cuanto a los **efectos de la ineficacia** de una cláusula abusiva, sólo la cláusula reputada tal era nula o ineficaz. En otros términos, el contrato pervivía sin la cláusula nula y ésta era reemplazada por las reglas legales dispositivas correspondiendo al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato. La regla general de mantener el contrato amputando la cláusula ineficaz posee un carácter imperativo que no está sujeto a la autonomía de las partes. Todavía puede ocurrir que no exista ninguna regla supletoria que pueda llenar la laguna contractual dejada al momento de acoger la nulidad parcial. En este caso surge la interrogante de si es posible realizar una interpretación de conjunto o global del contrato. La ley no dejaba entrever una respuesta, pero los trabajos preparatorios se inclinaban por una respuesta afirmativa.

La excepción al principio de la ineficacia parcial del contrato con contenido abusivo —la nulidad total del contrato— se aplica en situaciones que de pervivir el contrato, amputada la cláusula abusiva, impondría a una de las partes contratantes sacrificios financieros que llevarían a una situación reñida con la equidad.

En cuanto a la **interpretación de las condiciones generales**, la AGB-Gesetz consagra dos reglas de hermenéutica tradicional. La primera reconoce *preferencia a las estipulaciones*

formadas de común acuerdo por las partes frente a las condiciones generales predispuestas y, en segundo lugar, sanciona el clásico principio *contra proferentem*.

La primera se justifica por cuanto la coexistencia entre cláusulas generales y particulares en los contratos por adhesión, abre la posibilidad que en un contrato exista, entre unas y otras, contradicciones de fondo. Para este supuesto, normalmente se establece que en caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Es decir, dicha cláusula general deviene ineficaz precisamente por cuanto se da mayor tutela a condiciones formadas a partir de un verdadero consenso de voluntades entre las partes, tendiente a la modificación de las fórmulas generales del contrato⁶³.

Dicho criterio aplica también en la contratación internacional. A modo de ejemplo, los principios UNIDROIT resuelven en igual sentido, prevaleciendo la cláusula particular sobre la general⁶⁴. No obstante, es necesario aclarar que dicha regla se aplicará siempre y cuando dicha condición particular no resulte para el cliente más gravosa que las condiciones generales, pues puede suceder que el estipulante disponga, autoritariamente, la inserción de cláusulas escritas a mano -o a máquina- como si fueran cláusulas negociadas.

Ahora bien, el criterio de interpretación *contra proferentem* se refiere a que las cláusulas se interpretarán en el sentido más favorable al adherente, se encuentra íntimamente relacionado al principio *in dubio contra stipulatorem*, de extraordinaria vigencia en la actualidad, Farina nos dice que tiene su origen en el derecho romano, a través de la máxima que dice: "Cuando en las estipulaciones se duda de qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante" (*in stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretando sunt*).⁶⁵

⁶³ Como fundamento adicional a dicha interpretación, agrega Stiglitz que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, por lo que revela la auténtica y real intención de las partes. Véase: Stiglitz, Rubén y otro (1985)., Op. cit., p. 77.

⁶⁴ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, artículo 2.1.21.

⁶⁵ Farina, Juan carlos (1997). Op. cit. p. 161

En el **ámbito estrictamente procedimental** se contempla, junto a la acción individual que compete a cualquier contratante ante el juez competente, la posibilidad de que ejerzan dicha acción las asociaciones de consumidores, agrupaciones profesionales y cámaras de comercio, a quienes se les reconoce con carácter exclusivo la legitimación para interponer una acción de cesación, que de prosperar, supone la prohibición de seguir usando las condiciones ilícitas por parte del vencido en juicio. Además, se publicitan las resoluciones a fin de proporcionar información a los consumidores de aquellas empresas que utilizan cláusulas leoninas. Con todo, la parte perjudicada con la enervación de la cláusula prohibida puede exonerarse de la inhibición si logra probar que el Tribunal Supremo respecto de la misma cláusula y el mismo tipo de negocios no la ha prohibido. Aparte de este caso especialísimo, la ley ha sancionado una suerte de eficacia ultra partes de la sentencia inhibitoria permitiendo a cualquier otro cliente del empresario vencido tener por inexistente la cláusula rechazada, con sólo remitirse a los efectos de aquella sentencia de cesación; se trata, sin duda, de un caso de cosa juzgada absoluta.

La experiencia alemana es probablemente la más lograda en el derecho comparado; su sistema, sin embargo, es bastante rígido, lo que contrasta con la agilidad que puede ofrecer un control *latu sensu* administrativo.

La iniciativa alemana se expandirá luego a otros sistemas jurídicos europeos hasta antes de dictarse la *Directiva Europea sobre Control de Cláusulas Abusivas en 1993*. Para algunos autores, el prestigio de la *AGB-Gesetz* significó, sin duda, serias dificultades para la transposición en el ordenamiento jurídico alemán de la Directiva Comunitaria 93/13⁶⁶, sobre la cual volveremos más adelante.

b. En España:

El 19 de julio de 1984 se publicó la Ley 26/1984, intitulada Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que incorpora un sistema de control que responde al esquema clásico desde la promulgación de la *AGB-Gesetz*; es decir, un cláusula general

⁶⁶ Pizarro Wilson (2004), Op. cit., p. 127. recomienda consultar: Fromont, M., "La transposition de la directive communautaire sur les clauses abusives par le législateur allemand", D.A., No. 34, 1997, p. 1105.

prohibitiva (o más de una, como es el caso de la LGDCU) y un listado o catálogo enumerativo, no exhaustivo, de cláusulas en todo caso prohibidas.

La cláusula general es objeto de una doble formulación; aparece pues, por una parte, en el art. 10.1 c LGDCU, conforme el cual, las cláusulas contractuales habrán de reunir, entre otros, el requisito de *justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas; y por otra parte, la encontramos en el art. 10 bis 1.1 LGDCU, en virtud del cual “se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la *buena fe* causen, en perjuicio del consumidor un *desequilibrio importante* en los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato”.

La LGDCU incorpora un elenco abierto de veintinueve cláusulas prohibidas por abusivas, ordenadas de manera sistemática, distinguiéndose cinco grupos, a saber: *a)* Cláusulas de vinculación del contrato a la voluntad del profesional (1ª a 8ª); *b)* Cláusulas que suponen la privación de derechos básicos del consumidor (9ª a 14ª); *c)* Cláusulas que originan falta de reciprocidad (15ª a 17ª); *d)* Cláusulas de sobre-garantía (18ª y 19ª) y *e)* un conjunto de cláusulas heterogéneas (20ª a 29ª).

El 13 de abril de 1998 tuvo lugar la publicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC) con el fin de proteger los derechos legítimos de los adherentes a contratos sujetos a condiciones generales de contratación.

El ámbito de aplicación de la ley atiende al criterio objetivo, quedando fijado a las condiciones generales sin importar que el adherente reciba la consideración legal de consumidor o usuario, sino también cuando actúe empresarial o profesionalmente. En su art. 1.1, define a las condiciones generales como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otra finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Así resultan los requisitos esenciales de la

definición o del concepto recogido, y que son, la predisposición de cláusulas contractuales y la imposición de su incorporación a una pluralidad de contratos⁶⁷

La ley es criticada por cuanto, según algunos autores, las condiciones generales contratadas entre empresarios y profesionales quedan sustraídas a todo control pues no establece control de contenido al respecto.

Frente a las cláusulas abusivas, la amplitud del ámbito subjetivo establecida anteriormente, sin embargo, queda reducida, pues el art. 8.2 las declara nulas solamente cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. En ese sentido, el párrafo 8 del Preámbulo de la Exposición de motivos de la LCGC aclara que “esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual; es decir, nada impide que también jurídicamente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva o contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales y empresarios, pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”. Las críticas al respecto se refieren, primero, a que las normas generales de nulidad contractual (contenidas en el Código Civil) no incluyen el control de contenido como causa de nulidad de cláusulas contractuales y, segundo, a que las declaraciones de la Exposición de Motivos no hayan encontrado reflejo en el artículo de la LCGC.

Con respecto a las sanciones a las cláusulas abusivas, la LCGC establece: la no incorporación de las cláusulas que incumplan las exigencias del art. 5 (art. 7.1); la nulidad de las condiciones generales que contradigan la propia ley reguladora de éstas o de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1) y la nulidad de las condiciones generales que, de conformidad con la LGDCU, se reputen abusivas.

⁶⁷ Véase: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”. Editorial Aranzadi S.A. Navarra, España. 2000.

En cuanto al alcance de la nulidad, ésta puede ser parcial o total, siendo la primera la regla general.

Regla general: nulidad parcial. El primer inciso del artículo 10. bis.2 de la Ley de defensa de consumidores y usuarios, antes transcrito, declara la nulidad de la cláusula abusiva, no del contrato; por tanto, nulidad parcial de este, lo que corrobora el siguiente inciso, al disponer la integración del contrato en el que se contiene la cláusula o cláusulas abusivas y, por tanto, nulas. Estas producen, necesariamente, una laguna; si carece de trascendencia (por ejemplo, una cláusula general abusiva) no precisa integración el contrato; pero si este queda incompleto se debe integrar con dos bases: el principio de la buena fe, con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código civil según reza el texto legal y, aunque este no lo diga, con arreglo a la normativa de la interpretación de los contratos, contenida en los artículos 1281 y ss. Del Código civil, buscando no la de una declaración de voluntad, sine la del conjunto del contrato.

Regla excepcional: nulidad total. Como situación excepcional, si la nulidad de una o varias cláusulas que son declaradas abusivas provocan una situación no equitativa de las partes contratantes, que es insubsanable en el sentido de que no es posible evitarla mediante la integración del contrato, este será declarado nulo en su totalidad. Nulidad total que, como regla excepcional, deberá aplicarse restrictivamente. El artículo 10 bis.2, en su último inciso, dispone: solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato. Además, cabe la aplicación del último sub-inciso anterior y podrá prever consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario.

En su art. 9.1, la LCGC establece las reglas relativas a la legitimación activa y régimen aplicable, disponiendo que la nulidad y la no incorporación de las condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual y el art. 9.2 afirma que la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectada y declarará la eficacia del contrato de acuerdo con el art. 10 o la nulidad de todo el contrato

cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 del Código Civil.

La Ley 7ª del 13 de abril de 1998 sobre “Condiciones generales de los contratos” establece la posibilidad de control de las condiciones generales con carácter general y previo a su integración para regular el contenido de los contratos concretos que se perfeccionarán a través de la adhesión a dichas condiciones generales. Sobresale la creación del “Registro de Condiciones generales de la contratación” (art. 11) donde, con carácter preventivo, se anotará la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de condiciones generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativas, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan las sentencias firmes estimatorias, como así también cuando se acredite la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas. El registro es público y la inscripción de las condiciones generales podrá ser solicitada por el predisponente, por el adherente, y por los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas.

En materia de acciones colectivas, según los arts. 12 (apartados 2, 3 y 4) y 16 (último párrafo), modificados por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, del 7 de enero), la acción de *declaración* se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de contratación y ordene su inscripción cuando proceda; la acción de *cesación* se dirigirá a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de declararse válido y eficaz, pudiéndose acumular a esta acción la de devolución de cantidades cobradas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado su aplicación; finalmente, la acción de *retractación* tendrá por objeto obtener una sentencia que imponga al demandado el deber de retractarse de recomendar la utilización de condiciones generales que se consideren nulas y abstenerse de seguirlo haciendo.

Siempre hablando de acciones colectivas es de importancia destacar la Ley 39/2002, del 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas Comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.⁶⁸ Se contemplan aspectos importantes como la exención del deber de prestar caución o la imposición de multas coercitivas disuasorias; la introducción del trámite verbal, la excepción de la obligación de efectuar llamamientos a los perjudicados individuales en causas promovidas por asociaciones de consumidores y usuarios, entre otros, todo con el fin de garantizar la rapidez en los procedimientos judiciales. Asimismo, con esta ley, se extiende la acción de cesación a todas las leyes de protección de los consumidores y se reafirman los objetivos de condena judicial y prohibición de reiteración del comportamiento lesivo.

También se crea una fase de conciliación con carácter facultativo ante el Registrador de Condiciones Generales para que éste emita, de forma no vinculante, un dictamen sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la ley (art. 13).

Se confiere legitimación activa, con respecto a las acciones colectivas, a las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio Industrial y Navegación, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, el Instituto Nacional de Consumo, los Colegios Profesionales y el Ministerio Fiscal. Estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por cualquiera otra de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses a que representan.

c. En Francia:

En Francia, las tesis de Bricks y Berlioz abren el debate sobre el control de las cláusulas abusivas pasando a ser uno de los temas centrales del derecho privado francés en la década de los ochenta.⁶⁹ Este movimiento de los consumidores y con una visión protectora del

⁶⁸ Entre estas Directivas se encuentra la Directiva Comunitaria 98/27/CE, del 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación, para cuya transposición fue necesario modificar la ley de Enjuiciamiento Civil y leyes sustantivas que regulan ámbitos sectoriales donde la Directiva manda la introducción de la acción colectiva de cesación.

⁶⁹ Pizarro Wilson (2004), Op. cit., p. 132., recomienda consultar: Bricks, H., Les clauses abusives, Paris, LGDJ, 1972; Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ., 1976.

contratante, será liderado por el profesor Ghestin, quien en su obra monumental tendrá siempre un criterio de protección hacia el contratante más débil.⁷⁰

Francia cuenta con un sistema de control Administrativo previo que tiene su origen en el artículo 37 de la ley del 10 de enero de 1978 y que, en lo esencial, consiste en la existencia de una “Comisión de cláusulas abusivas”, presidida por el Ministro de Consumo, quien conocerá “de los modelos de contratos habitualmente propuestos por los profesionales a los no profesionales o consumidores”. Dicha Comisión está encargada de la búsqueda o investigación de si los referidos modelos contienen cláusulas que pueden presentar un carácter abusivo (art. 132-2, Code de la consommation).

La solicitud de retiro de la circulación de la cláusula puede ser pedida por el Ministro del Consumo, por las Asociaciones de Defensa del Consumidor, por los profesionales interesados o de oficio (art. 132-3, Code de la consommation).

La Comisión sólo puede recomendar la supresión o la modificación de las cláusulas que presentan un carácter abusivo. El Ministro de Consumo puede de oficio o a solicitud de la Comisión hacer públicas sus recomendaciones que no pueden contener indicación de ninguna naturaleza que permita la identificación de situaciones individuales (art. 132-4, Code de la consommation).

Luego de la expedición de la Ley 78-23 de 1978, que afirmaba un control preventivo de las cláusulas abusivas, los autores franceses, Paisant y Huet,⁷¹ harán un análisis crítico ante la inercia de la comisión de cláusulas abusivas creada como órgano de control preventivo. En cuanto a la Directiva Europea del 5 de abril de 1993, cuya crítica la lidera el propio Huet, abogando por un control judicial represivo, será introducida por Ley del 1º de febrero de 1995 en el ordenamiento jurídico francés. Los trabajos de la doctrina francesa posteriores a la

⁷⁰ Pizarro Wilson (2004), Op. cit., p. 132., recomienda consultar: Ghestin, J., Droit civil. La formation du contrat, LGDJ, Paris, 1993.

⁷¹ Pizarro Wilson (2004), Op. cit., p. 132., recomienda ampliar en: Paisant, G., “L’action des associations de consommateurs en suppression de clauses abusives et la réparation du préjudice causé à l’intérêt collectif des consommateurs”, D., 1997, p. 1; “Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives”, D., 1988, p. 253; “Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi No. 95-96 du 1er février 1995”, D., 1995, p. 99; Huet, J., “Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, JCP éd. Enterprise, 1994, p. 309.

introducción de la Directiva están centrados en la recíproca influencia del derecho de las obligaciones y la protección del consumidor.

d. En Italia:

En el caso del *Codice Civile Italiano*, éste sufrió un cambio a partir de la mencionada *Directiva Comunitaria 93/13*, pues en atención a la misma le fue agregado el Capítulo XVI-Bis, el seis de febrero de mil novecientos noventa y seis, incorporándose entre otras cosas, un elenco de cláusulas que deben considerarse vejatorias, salvo prueba en contrario, e introduciendo además el concepto de *buena fe* para el control de cláusulas abusivas⁷², lo cual ha sido el principal problema de aplicación del precepto que lo contiene, pues es una solución que contrasta con el modelo formal establecido anteriormente.

e. Directiva 93/13/CEE, del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

La política comunitaria de protección a los consumidores ha sido una constante, en las últimas décadas, de la Unión europea. Entre otras muchas, esta Directiva es expresión de la misma. Su ámbito subjetivo es la persona del consumidor y su ámbito objetivo, la cláusula abusiva.

A juicio de Alfaro Águila-Real, el concepto de cláusula abusiva contenido materialmente en la cláusula 3 de la Directiva Europea delimita correctamente el ámbito de aplicación del control del contenido y respeta suficientemente la libertad contractual, aunque observa que “son las cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente por el empresario las que resultan objeto del control que la directiva instaura y no, como reza su título, las cláusulas abusivas”.⁷³

El consumidor es definido como la persona física que celebra un contrato con condiciones generales con un propósito ajeno a su actividad profesional (art. 2.b) y entiende por condición

⁷² Código Civile Italiano, art. 1469-bis: “Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore.- Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.”

⁷³ Alfaro Águila-Real, Jesús. Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales. Pág. 61

general la cláusula que no ha sido negociada individualmente, redactada previamente, sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido (art. 3.2). La cláusula abusiva es definida como la condición general del contrato que, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (art.3.1.)

El anexo de la Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (art. 3.3); una extensísima lista gris de cláusulas (apartado 1, que llega a la letra g), varias de las cuales son desarrolladas (en el apartado 2) fijando su detallado alcance.

En cuanto a la obligatoriedad de la Directiva, se refiere a los **resultados**, y deja a cada Estado miembro la elección de la forma y los medios⁷⁴.

f. En Los Estados Unidos:

En el caso del *common law* en Estados Unidos se recurrió a la *unconscionability* introducida en los artículos 2 y 2ª del *Uniform Commercial Code*. Con posterioridad, la jurisprudencia norteamericana utilizará la noción de expectativas razonables para el control de cláusulas abusivas. También se ha legislado en Estados Unidos para regular los contratos por adhesión en plataformas electrónicas (Uniform Computer Information Transaction Act, UCITA). En todo caso, el control de las cláusulas abusivas en el derecho norteamericano utiliza como criterio de obligatoriedad la real posibilidad de conocer el contenido del contrato por parte de los contratantes-adherentes.

A manera de resumen, podemos decir que en Derecho Comparado se reconocen en la actualidad dos tipos de control: uno de fondo (que incluye los criterios para determinar qué cláusulas deben considerarse abusivas, sanciones aplicables y alcance) y otro procesal (quién ejerce la acción, en qué momento se ejerce el control y qué órgano lo lleva a acabo).

⁷⁴ Artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CEE: "La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en lo que se refiere al resultado que deba conseguirse, respetando, sin embargo, la competencia de las autoridades nacionales en cuanto a la forma y a los medios"

Las normas de fondo se refieren, primero, a la declaración, y segundo, a la sanción aplicable y al alcance de los efectos; veamos:

Primero: En cuanto a las técnicas de declaración, se han reconocido básicamente dos métodos: *a.*- Cláusulas prohibitivas de carácter general (Buena fe, orden público, buenas costumbres, moral, etc.), también llamadas cláusulas abiertas y *b.*- Métodos de listas (negras y grises).

Segundo: En relación con la sanción aplicable, ésta puede ser ineficacia absoluta o ineficacia relativa. El otro problema en cuanto a la sanción es el relativo a su alcance, es decir, si la nulidad debe abarcar a todo el contrato o solamente a la cláusula considerada abusiva, siendo la regla general que la ineficacia (incapacidad de producir efectos jurídicos)

Pueden encontrarse además otras técnicas que refuerzan el control de las cláusulas abusivas, como son: *a.*- Reglas de Interpretación (Contra proferentem, primacía de cláusula manuscrita sobre la impresa, etc.), *b.*- Requisitos meramente formales (Tamaño de letra, idioma, redacción clara y no ambigua, etc.) y *c.*- algunas obligaciones y prohibiciones implícitas en el contrato.

Las normas de carácter meramente procesal, por su parte, hacen referencia, primero, al órgano que ejerce el control (en atención a lo cual el control podrá ser Judicial o Administrativo); segundo, al momento en que se ejerce el control (según este criterio, el control podrá ser Previo o preventivo, cuando se verifica antes de la formación del contrato, y Posterior o represivo, cuando el contrato se ha formado y el control se ejerce una vez que se suscitan controversias en cuanto a una cláusula presuntamente abusiva); y tercero, a la titularidad de la Acción.

Además, según el momento en que interviene el control, podemos distinguir, de una parte, un tipo de control preventivo y, de otra, un control represivo. En cuanto al primero, el control puede verificarse antes de la formación del contrato, por ejemplo, mediante negociación del contenido de contratos por adhesión por órganos administrativos o un defensor del consumidor

o bien, la sujeción de los contratos por adhesión a una aprobación previa de parte de una autoridad estatal.

Este último es el modelo usual en el derecho continental europeo, luego de la expedición de la Directiva Europea sobre cláusulas abusivas que, como se sabe, requiere la introducción mediante leyes nacionales.

2. Derecho Nacional

Quedó claro en capítulos anteriores que con la expresión “control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión” aludimos a los mecanismos que emplea el Estado para evitar el uso de dichas cláusulas y para reducir o erradicar sus efectos nocivos en los contratos que contienen cláusulas que han sido predispuestas por una de las partes. Veamos entonces qué establece nuestra legislación al respecto.

Para hablar sobre el control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en el Derecho nicaragüense, es necesario echar una mirada a la evolución de la regulación contractual en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de los códigos Civil y de Comercio hasta llegar a nuestra Ley de Defensa de los Consumidores y su Reglamento.

Nuestros códigos Civil⁷⁵ y de Comercio⁷⁶, viejos cuerpos normativos vigentes desde 1904 y 1917 respectivamente, fueron inspirados, como la mayoría de los códigos europeos de la época, en el *liberalismo clásico*, o más propiamente, en el liberalismo económico, basado, a su vez, en la *libertad individual*, la *autonomía de la voluntad* y la *libertad contractual*. Así pues, en nuestro Código Civil, dichos elementos de inspiración normativa encuentran su punto de confluencia en su art. 2437, el cual dispone que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

⁷⁵ Aprobado el 1 de Febrero de 1904, publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904 y entrado en vigencia tres meses después.

⁷⁶ Aprobado el 20 de Octubre de 1916, publicado en La Gaceta No. 248 del 30 de Octubre de 1916 y entrado en vigencia tres meses después.

Como puede verse, el citado artículo además de consagrar los principios del liberalismo económico, introduce los pocos límites que se imponían a la libertad contractual, reglas o cláusulas prohibitivas de carácter general que junto a ciertas otras garantías inspiradas en la teoría clásica del contrato, constituyen, incluso hoy en día, casi la única protección a los derechos de los consumidores a pesar de estar vigentes la mencionada Ley de Defensa de los Consumidores y su reglamento⁷⁷. Lo anterior se debe a que la aplicación de éstos últimos es muy limitada debido, según la opinión de la Dra. Navas Mendoza, no sólo a su desconocimiento por parte de los consumidores, sino también a que los abogados y aplicadores de la justicia las pasan por alto, en unos casos por desconocimiento, en otros por inercia⁷⁸.

No obstante, hay que reconocer que la Ley de Defensa de los Consumidores y su reglamento constituyen un gran paso legislativo al contener algunos nuevos elementos que podrían resultar de mucha utilidad; así por ejemplo, en materia de contratos por adhesión y cláusulas abusivas, introduce la regulación mediante la técnica de catálogo cerrado de cláusulas ineficaces, presente en la mayoría de las legislaciones modernas.

Por tal razón, creo necesario, antes de pasar al análisis detallado de nuestro tema, realizar algunas aproximaciones al contenido de la Ley de Defensa de los Consumidores, con algunas referencias a su reglamento, veamos:

Esta Ley consta de 43 artículos contenidos en diez capítulos. El primer capítulo, se denomina ‘Objeto y Ámbito de Aplicación de la Ley’. El Art. 1 establece el objeto de la Ley, criticado por no declarar de forma expresa la defensa y protección de los consumidores.

Los arts. 3 y 4 definen el ámbito de aplicación de la ley. Recae, según el criterio objetivo, sobre el acto jurídico de consumo realizado entre dos partes que intervienen en una transacción en su carácter de proveedor y consumidor; y agrega: sobre cualquier clase de

⁷⁷ DECRETO A.N. No. 2187, Aprobada el 14 Junio de 1999 y Publicado en la Gaceta No.169 del 03, Septiembre de 1999

⁷⁸ Véase: Navas Mendoza, Azucena. Las condiciones generales de contratación en los contratos con consumidores en Nicaragua. Tesis. UNAN León, Nicaragua. 2003.

bienes o servicios públicos o privados. Surge entonces el criterio subjetivo, para lo cual define los términos “Consumidores” y “proveedores”. Se critica que el artículo no menciona el término “Usuarios”, aunque incluye a quienes tienen esa calidad.

En el capítulo II, “Disposiciones Generales”, destaca, principalmente por un lado la preocupación que los bienes y servicios que se oferten cumplan con las condiciones de cantidad y calidad y por el otro la necesidad de realizar campañas educativas con el ánimo de mantener informado a los consumidores sobre la calidad de los productos, seguridad o riesgos que representan contra la salud;

El capítulo III se refiere a “Derechos de los Consumidores”, destaca el inciso d) de este art. 12, en relación a “Un trato equitativo y no abusivo por parte de los proveedores de bienes y servicios”. Hago eco de la observación de la Dra. Navas Mendoza de que como “trato no abusivo” debe entenderse también la exclusión de cláusulas abusivas de los contenidos contractuales.

El capítulo IV se refiere a la “Información y publicidad”. Manda que la información sea clara, veraz, y suficiente al consumidor y así mismo hace referencia a la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios.

El capítulo V, “De la protección contractual y del contrato de adhesión”, es el más importante para nuestro tema, de manera que lo abordaremos luego con más detenimiento.

El capítulo VI, “De las operaciones de crédito y las ventas a Domicilio”, contiene indicaciones o especificidades en cuanto a estas actividades. Carece de definición y un ámbito de aplicación y además es muy reducido.

El capítulo VII, “Responsabilidad Civil”, consta de un solo artículo (Art. 27) trata de la responsabilidad civil en general y no de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos y dice: ‘El proveedor incurre en responsabilidad civil en los casos siguientes: A) Venta de bienes y servicios atribuyéndoles características o cualidades distintas de las que realmente tiene; B) Falta de cumplimiento con las condiciones de la oferta,

promoción o propaganda; C) Venta de bienes usados o reconstruidos como si fueran nuevos; D) Promoción de bienes y servicios con base a declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de la competencia; E) Ofrecer garantías sin estar en capacidad de darlas”. Éste artículo es criticado por ser casuístico en su consideración de la responsabilidad civil y aún más porque la reduce a solamente cinco casos, a diferencia de la tendencia en derecho comparado que se inclina por tratar el tema de manera general, pues de la forma en que está redactado deja por fuera innumerables situaciones que podrían ocasionar perjuicios a los consumidores. Se contempla la responsabilidad civil en cuanto a la etapa de oferta (todos están relacionados con publicidad engañosa) pero la responsabilidad civil por incumplimiento (por ejemplo, garantía sobre productos defectuosos) no se incluyó en este artículo, sino hasta en el capítulo siguiente, referido al procedimiento (arts. 28, 29, 30, 32 y 33), donde tampoco el tema es tratado con mucha eficiencia. Tanto en la Ley como en el reglamento se trata el problema de forma muy rudimentaria, limitándolo al ámbito de las garantías ofrecidas por el proveedor y sujetándolo a un proceso de reclamo entre las partes y luego a un proceso administrativo en la Dirección de Defensa del Consumidor.

El capítulo VIII “Del Procedimiento”, establece un procedimiento administrativo común para todos los casos que se lleva a cabo por la Dirección de Defensa del Consumidor que es la Instancia del Ministerio de Fomento, industria y Comercio, encargada de velar y hacer cumplir la Ley (Art., 39 de la Ley). Sobre el mismo volveremos más tarde.

En el capítulo IX, “Derechos de representación, Consulta y Participación de las Asociaciones de Consumidores”, la Ley le asigna como finalidad a éstas la defensa de los intereses de los Consumidores.

En relación al capítulo X “Disposiciones Finales”, se destaca que la competencia y aplicación de la Ley corresponde al Ministerio de Economía y Desarrollo, el que de conformidad a la Ley 29038, Ley de Organización, Competencia y procedimiento del poder ejecutivo, ahora se conoce como Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.

El Reglamento es criticado sigue legislando, lo que deja clara una técnica errónea. Es evidente que al reglamentarse esta Ley se trató de llenar un tanto las limitaciones y vacíos de la misma.

Volviendo al tema, recordaremos que para efectuar el control sobre las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión se hacen necesarias, básicamente, normas de control de fondo y normas de control de carácter procesal. Siguiendo esa lógica, pasamos al análisis de nuestra legislación:

2.1. Control de fondo

Pues bien, en el ordenamiento jurídico nicaragüense, en cuanto a las normas de control de fondo, actualmente podemos constatar la existencia de un sistema mixto integrado básicamente por una lista de cláusulas declaradas nulas en todo caso por considerarse abusivas (lista negra) y un conjunto de cláusulas prohibitivas que son generales a todos tipo de contrato, que aunque no se encuentran en la misma ley, son también aplicables. El orden a seguir cuando se quiere determinar si se está en presencia de una cláusula abusiva es verificar primero si la cláusula en cuestión encuadra en algunos de los supuestos contemplados en los numerales de la lista, por ser ésta la norma especial, y una vez realizada la verificación y descartada su inclusión, se procede a examinarla dentro del ámbito de las cláusulas prohibitivas de carácter general.

2.1.1. Lista Negra

La lista negra está contenida en el art. 24 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que forma parte del Capítulo V, intitulado “De la protección contractual y del contrato de adhesión”. Para darnos una idea integral de dicho capítulo, agregaré que en los otros tres artículos que lo forman, se plasma una definición de contrato de adhesión (art. 21), se establecen los requisitos que han de cumplir los mismos (art. 22) y se consagra una regla de interpretación de los contratos a favor del consumidor (art. 23).

El referido art. 21 textualmente expresa lo siguiente: “Se entiende por contrato *de* (sería preferible “por”) adhesión aquel cuyas cláusulas se establecen unilateralmente por el

proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar”. Este artículo resalta los requisitos fundamentales generalmente aceptados: la predisposición de las cláusulas por parte del proveedor de bienes o servicio y la imposición e inmutabilidad de las mismas en lo sustancial. Por otro lado es notorio que este artículo limita los contratos por adhesión a la contratación con consumidores.

Regresando a la lista, El Art. 24 declara que no producen ningún efecto las cláusulas de un contrato cuando en ellas se establezca algunas de las siguientes circunstancias:

- a. Modificación unilateral del contrato o rescisión del mismo por parte del proveedor, en perjuicio del consumidor. El principio de *irrevocabilidad unilateral de los contratos* (salvo los casos expresamente establecidos por la ley, por ejemplo, la resolución unilateral de los contratos de duración indeterminada), también se encuentra consignado en los arts. 1836 y 2438 de nuestro código Civil;
- b. Exoneración del proveedor de su responsabilidad civil; salvo que el consumidor caiga en incumplimiento del contrato;
- c. Fijación de término de prescripción inferiores a los establecidos en el código civil;
- d. Limitar u obstaculizar el derecho de acción del consumidor contra el proveedor, o invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e. Imposición obligatoria del arbitraje;
- f. Renuncia de los derechos del consumidor contenidos en la presente ley;

2.1.2. Cláusulas Generales Prohibitivas

No contamos en nuestra legislación con una cláusula general prohibitiva como tal especializada en el control de las cláusulas abusivas como sucede en la mayoría de

legislaciones modernas, sin embargo, como decíamos antes, existe un conjunto de cláusulas o reglas generales inspiradas en la teoría clásica del contrato, consignadas principalmente en nuestro código civil que, por el carácter subsidiario de éste, pueden servir como parámetro para determinar la validez o no de una cláusula. Así pues encontramos a la moral y el orden público en el art. 2437. Quiero hacer notar que nuestro legislador no ha contemplado en este artículo a la *buena fe*; sin embargo, considero que debe señalarse por ser una regla de lógica de Derecho Comparado y en cuanto a cláusulas abusivas, forma parte esencial de su definición y por tanto, elemento fundamental en su determinación; en palabras de José María Miquel González, las cláusulas abusivas “significan... un ataque... a la buena fe entendida como honradez, honestidad y lealtad rigurosas que exigen la protección de la confianza de la otra parte en que la regla contractual sustituidora del Derecho dispositivo es una regla justa y adecuada a las circunstancias del contrato»⁷⁹. Corresponde al juez determinar si la cláusula es contraria o no a dichos conceptos.

2.1.3. Otros mecanismos que inciden en el control de las cláusulas abusivas

Sumadas a la técnica de lista contenida en la Ley de Defensa de los Consumidores y a las reglas generales consignadas en el Código Civil, debemos destacar también la existencia de otras normas importantes que refuerzan el régimen de control de cláusulas abusivas, entre éstas tenemos:

2.1.3.1. Reglas de Interpretación.

El Art. 23 de la LDC, contempla el principio de interpretación *contra proferentem* o *in ambiguis contra stipulatorem* los siguientes términos: “Las cláusulas de los contratos serán interpretados del modo más favorable al consumidor”. Dichas reglas se encuentran también en el Art. 2,503 código civil de Nicaragua.

De manera adicional podemos señalar los principios y el sistema en materia de interpretación contemplados en el Código Civil. Las normas para interpretar los contratos se derivan en dos grupos: las normas para investigar la intención común de las partes (Art. 2496,

⁷⁹ Miquel González, J. M.: «Reflexiones sobre las condiciones generales», Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez, T. IV, Madrid, 1994, págs. 4941-61, 4957. pág. 4946

2497 y 2498) y las normas para eliminar dudas y ambigüedades del contrato (Art. 2499 a 2504).

Nuestro Código Civil plantea tres sistemas interpretativos: la interpretación subjetiva, la interpretación objetiva y la interpretación integradora. En cuanto a la primera, el hecho primordial es la voluntad interna o la intención común que tuvieron las partes al celebrar el contrato; la segunda es para eliminar dudas o ambigüedades en las palabras, términos o cláusulas del contrato (arts. 2499 a 2504 del Código Civil); y la tercera, se refiere a la función de completar, con normas supletorias diseñadas por el legislador, las omisiones o lagunas dejadas por las partes en la redacción del contrato.

Siguiendo a la Dra. Navas Mendoza, podemos afirmar, en resumen, que las reglas de interpretación de los contratos establecidos en nuestro código civil son:

a. La intención de los contratantes: Según ésta, si los términos son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas (Art. 2496 Civil, “*in claris non fit interpretatio*”); si las palabras usadas fueran contrarias a la intención de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas (Art. 2496 Civil); y si no es posible descubrir la voluntad interna o voluntad común de los contratantes frente a dudas, equívocos o ambigüedades de las palabras o cláusulas empleadas, el contrato se considera nulo (Art. 2505 in fine).

El art. 2497 C. expresa: “*Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato*”.

Este principio, sin embargo no es aplicable a los contratos por adhesión pues, como señala Rezzonico⁸⁰, “se debe prescindir de la *voluntad común* de los contrayentes (y de las circunstancias particulares del caso), pues se trata de un texto redactado no para ese supuesto, sino para la generalidad de casos, el cual -en cuanto a su contenido- refleja sólo la voluntad del predisponente”.

⁸⁰ Rezzonico, Juan (1987). Op. cit., p. 573.

b. Aplicación restrictiva de los términos del contrato: El art. 2498 C. dice que *“Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”*.

c. Principio de Conservación del contrato: El art. 2499 C. expresa: *“Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”*.

d. Interpretación sistemática o armónica: El art. 2500 C. dice que *“Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*.

e. Las palabras con relación a la naturaleza y objeto del contrato: El art. 2501 C. establece que *“Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.”*

f. Interpretación sobre la base de la costumbre: El art. 2502 C. dice que *“El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinaria suelen establecerse”*.

g. Interpretación de las cláusulas oscuras: El art. 2503 C. expresa que *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”*. Consagración del principio de *in dubio contra stipulatorem*.

h. Interpretación de los ejemplos: El art. 2504 C. dice que *“Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.”*

i. Imposibilidad de resolver las dudas: El art. 2405 Civil dice: *“Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito se*

resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses”. “Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayeren sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención de los contratantes, el contrato será NULO”.

2.1.3.2. Protección de la formación del consentimiento.

La declaración de nulidad del contrato por *vicios del consentimiento* (arts. 2455 al 2472 de nuestro código civil) por *error, dolo, violencia o intimidación* exige que el error sea en sustancia (art. 2462 C.); el dolo, grave (arts. 2460 al 2470 C.); la violencia, irresistible (art. 2468.1, C.) y la intimidación, tal que inspire temor a sufrir un mal grave (art. 2468.2 C.). Regulado de este modo, resulta insuficiente en cuanto a la contratación por adhesión donde los procedimientos y coacciones son más sutiles, como pueden ser la publicidad insincera, engañosa y abusiva, la agresividad de muchos de los modernos métodos comerciales de venta, o la distracción del comprador hacia elementos no esenciales del contrato. Es común, por ejemplo, en materia de tarjetas de crédito, la existencia de políticas comerciales que inducen al consumidor a obtener créditos sin que hayan sido solicitados previamente, con el envío de tarjetas al domicilio o el acceso a ofertas únicamente utilizando determinadas tarjetas, con lo cual impiden acceso a ofertas a consumidores que carezcan de una.⁸¹

2.1.3.3. Requisitos meramente formales del contrato

El Art. 22 de la LDC, exige en la redacción de estos contratos, los requisitos formales siguientes:

- a) Estar escritos en idioma español. En las comunidades indígenas que se expresan en lenguas autóctonas, el contrato deberá también estar escrito en sus propias lenguas;
- b) Redactados en términos claros y sencillos;
- c) Legible a simple vista para una persona de visión normal; y

⁸¹ Véase: Anahí Chávez Ruesta. Cláusulas abusivas y políticas comerciales en los créditos de consumo. Investigación elaborada para ASPEC como parte del Programa Crédito y Sobreendeudamiento de los Consumidores desarrollado por Consumers International. 2008.

d) No ser remitidos a textos o documentos que no se faciliten al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, cuando tales textos o documentos no sean del conocimiento público.

Este último inciso centra su atención sólo en el conocimiento que el consumidor pueda tener de esos textos sin importar que su contenido sea abusivo de parte del proveedor de bienes o servicios.

Prescripciones similares establece la Ley General de Instituciones de Seguros, publicada en La Gaceta del 26 de noviembre de 1970, en cuanto a los contratos de la materia que regula.

2.1.3.4. Obligaciones y prohibiciones implícitas en el contrato

Por mencionar algunas:

a. **La tutela del adherente por los vicios ocultos de la cosa:** La Ley de Defensa de los Consumidores en su Art. 28 establece la acción de rescisión del contrato y la reducción del precio cuando la cosa u objeto del contrato tengan defectos o vicios ocultos que la hagan impropia o disminuyan su calidad o la posibilidad de uso al que normalmente se le destina y que de haberlos conocido el consumidor no la hubiere adquirido. El abordaje que hace la Ley de Defensa de los Consumidores en este tema es similar al del código Civil (arts. 2630 y 2639) y de Comercio (arts. 375 y 358) con las peculiaridades siguientes: En primer lugar tenemos que el sector protegido en esta Ley son los consumidores Nicaragüenses. En segundo lugar, se establece una diferencia en los plazos establecidos para reclamar ante el proveedor que son de quince días cuando se trata de productos y de treinta días cuando se trata de servicios (El Código de Comercio en este sentido establece en el artículo 375 que para el caso de vicios en la calidad y cantidad de las mercaderías, debe hacerse un reclamo por escrito dentro de los cinco días de la recepción y para el caso de vicios ocultos, el plazo para el reclamo será de treinta días). La obligación de saneamiento pone al vendedor en la obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa y la de responder por los vicios ocultos de la cosa. El objeto de la obligación de saneamiento es proporcionar al comprador la facultad de

ejercitar la acción en contra del vendedor para obtener mediante una sentencia firme la rescisión de la venta o la rebaja proporcional del precio por los vicios ocultos.

b. **El efecto relativo del contrato:** Se establece también en nuestro código civil (art. 2479), exceptuando los casos en que es socialmente útil incluir a un tercero en el mismo, especialmente para convertirlo en acreedor (estipulación a favor de un tercero, contrato de seguro de responsabilidad).

c. El art. 12 de la LDC establece el **derecho de los consumidores a un trato equitativo y no abusivo** por parte de los proveedores de bienes y servicios (inc. d); a una **reparación integral, oportuna y adecuada de los daños y perjuicios sufridos y que sean responsabilidad del proveedor** (inc. e); así como a **acceder a los órganos administrativos o judiciales correspondientes para la protección de sus derechos y legítimos intereses** (inc. h).

d. En el art. 100 del Reglamento de la LDC se **prohíbe hacer remisiones a textos o documentos que no sean del acceso al consumidor**, antes o durante la celebración del contrato o se refieran a documentos que no sean del dominio público.

e. La LDC establece en su art. 25 que los contratos que se realicen a crédito **deberán extenderse en original y duplicado**, uno para el proveedor y otro para el consumidor. A mi parecer esta novedad debe ser aplicada a cualquier contrato de adhesión y no solo a aquéllos que se realicen a crédito.

En lo que respecta a la sanción, como se observa es en todo caso, la nulidad de la cláusula considerada abusiva.

2.2. Control Procesal

Ya habiendo analizado nuestra legislación en cuanto a control de fondo, sin más preámbulo procedemos al estudiar el **ámbito estrictamente procesal**.

El capítulo VIII de la Ley de Defensa de los Consumidores, intitulado “Del Procedimiento” establece un procedimiento administrativo común para todos los casos

(productos defectuosos, publicidad engañosa, operaciones de crédito, etc.) que se lleva a cabo ante la Dirección de Defensa del Consumidor que es la Instancia del Ministerio de Fomento, industria y Comercio, encargada de hacer velar y hacer cumplir la Ley (Art., 39 de la Ley). Se encuentra regulado en la Ley en los arts. 28 al 35 y en el Reglamento en los arts. 14 al 28. Resulta operativamente complejo a la hora de su funcionamiento, el sistema es excesivamente burocrático, de difícil acceso y dudosa eficiencia, lo que desalienta al consumidor a recurrir a él. Por otro lado, sólo existe una oficina de éstas en toda Nicaragua, ubicada en Managua, lo que hace más difícil el acceso. Sumado a esto, la resolución de conflictos no es la única función de esta instancia, el reglamento le establece trece funciones más en el art. 6 lo que contribuye a la retardación de la resolución de conflictos.

En el capítulo IX “Derechos de representación, Consulta y Participación de las Asociaciones de Consumidores” la Ley le asigna como finalidad a éstas la defensa de los intereses de los Consumidores y les confiere derecho *a representar a los mismos en las instancias administrativas que se establezcan* (art. 37), pero no termina de explicar de qué forma van a hacer la defensa y no se aclara cuál es el alcance de la representación.

El Reglamento de la Ley en el Art. 63 señala que serán finalidades de las asociaciones de consumidores entre otras:

b) Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades administrativas o judiciales, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan, sin embargo, la ley no establece claramente cuáles son esas acciones colectivas procedentes.

Por otro lado en el sistema jurídico de nuestro país las resoluciones y sentencias tienen eficacia única y exclusivamente en el caso concreto en el que tuvo su origen.

CONCLUSIONES

Los contratos experimentan un fenómeno de estandarización en cuanto a sus cláusulas para la aplicación masiva de las mismas, trastocando los principios de la teoría clásica del contrato y poniendo en auge los denominados “contratos por adhesión”.

En estos contextos se hace necesario tutelar a los adherentes pues, de cara al referido fenómeno, se encuentran más vulnerables. Para esto se ha buscado medios destinados a controlar el uso de cláusulas abusivas.

Aunque las cláusulas abusivas no son privativas de los contratos por adhesión, adquieren en este campo (sobre todo donde se involucran consumidores) un carácter especialmente relevante, principalmente porque en ellos resultan insostenibles los principios de libertad e igualdad. Sin embargo, al limitar la regulación a la contratación con consumidores se dejan descubiertos otros supuestos donde pueden presentarse cláusulas abusivas. No veo razón para dejar de regularse sólo porque el adherente tiene el carácter de consumidor.

Los problemas en cuanto a las cláusulas abusivas involucran aspectos sustantivos o de fondo (declaración, eficacia e interpretación) y aspectos procesales.

En Nicaragua contamos con una Ley de Defensa de los Consumidores que, aunque constituye un paso legislativo importante, sólo contiene en materia de cláusulas abusivas una lista y una regla de interpretación, lo que resulta ser demasiado exiguo para regular un problema tan amplio y de colores tan diversos. Por esta razón es necesario recurrir a las disposiciones relativas a los contratos en general. Además el Reglamento de dicha ley contiene disposiciones que son materia de ley, lo que demuestra una incorrecta técnica normativa.

También sucede en nuestro ordenamiento que hay algunas disposiciones circunscritas a ámbitos específicos que deberían tener aplicación general.

Se contempla la nulidad de las cláusulas cuando éstas resulten abusivas, pero no se establecen reglas específicas para la integración del contrato y se obvia el caso en que de esta nulidad resulte la afectación de uno o más de los elementos esenciales del contrato.

Por otro lado, no hay posibilidad de llevar a cabo un control previo de las condiciones generales de contratación, de manera que se debe esperar a que se presente la lesión para poder hacer ejercer alguna acción.

El sistema de control administrativo procesal ante la Dirección de Defensa de los Consumidores es operativamente complejo y excesivamente burocrático. Sólo existe una oficina de este tipo en toda Nicaragua, el acceso es sumamente difícil y la eficiencia de la misma es dudosa, en parte por la gran cantidad de funciones que le son atribuidas por el reglamento.

La Dirección de Defensa de los Consumidores tiene derecho a representar a los mismos en las instancias administrativas que se establezcan pero no se termina de explicar de qué forma van a hacer la defensa y no se aclara cuál es el alcance de la representación.

Ahora bien, en referencia al alcance de las resoluciones y sentencias, éstas tienen eficacia única y exclusivamente en el caso concreto en el que tuvo su origen.

Todo lo anterior nos permite afirmar que el control de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento es desatinado e incompleto.

RECOMENDACIONES

Considero necesario realizar un amplio análisis doctrinal y normativo en cuanto a la contratación por adhesión.

Asimismo, la creación de una ley de contratos por adhesión con un ámbito de aplicación general con independencia de que el adherente reciba la consideración legal de consumidor o usuario, de manera que sea también aplicable cuando actúe empresarial o profesionalmente.

Igualmente, se debe establecer un control de cláusulas abusivas moderno donde se incorporen criterios claros para la identificación de las mismas: un sistema de listas más completas, a la par de reglas prohibitivas de carácter general similares a las contenidas en el Código Civil, pero matizada en el contexto de la contratación por adhesión, donde se consignen expresamente el principio de la buena fe, el justo equilibrio y el carácter no razonable de la cláusula.

En cuanto a la interpretación, se debe implantar un sistema interpretativo donde se tomen en cuenta aspectos específicos de la contratación por adhesión donde además de los principios clásicos se incluya la regla que da *preferencia a las estipulaciones formadas de común acuerdo por las partes frente a las condiciones generales predispuestas*.

De igual forma se debe consignar la excepción al principio de conservación del contrato cuando la nulidad de algunas cláusulas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo. Introducción de normas claras en cuanto a la integración del contrato una vez que alguna o algunas de sus cláusulas son declaradas nulas.

Se debe establecer en términos claros, completos y específicos, la posibilidad de un control previo de las condiciones generales, como la sujeción a aprobación de parte de la administración pública de las mismas y la instalación de acciones colectivas como las de *declaración* del carácter de condiciones generales de un determinado clausulado, la de *cesación* y la de *retractación*.

También se debe trabajar en el mejoramiento del proceso administrativo establecido por medio de la simplificación de los procedimientos y la facilitación del acceso, estableciendo más claramente las tareas y capacitando debidamente al personal. Además deberían incrementarse los esfuerzos en crear más oficinas en otras partes del país.

En otro orden, se debe otorgar legitimación activa a las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio Industrial y Navegación, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, los Colegios Profesionales y otras afines y se debe promover la formación de Asociaciones que defiendan los intereses de los adherentes, especialmente los consumidores.

Se debe fortalecer la Dirección de Defensa de los Consumidores en cuanto a la facultad otorgada de representar a los Consumidores y Usuarios mediante la expresión clara del alcance de dicha representación y el sistema judicial mediante capacitaciones y actualizaciones en la materia a los funcionarios que aplican justicia. Lo mismo debe hacerse con los estudiantes de Derecho y el público en general.

Además se debe ampliar el alcance de las resoluciones relativas a cláusulas abusivas, reafirman los objetivos de condena judicial y prohibición de reiteración del comportamiento lesivo mediante la sanción de una suerte de eficacia ultra partes de dichas resoluciones permitiendo a cualquier otro adherente tener por inexistente la cláusula rechazada. Esto debe acompañarse de la respectiva publicación de las resoluciones a fin de proporcionar información a los actuales y eventuales adherentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Sucre, Carlos E. “Contratos de adhesión”. En: ceacedo@menpa.com, 2007.
- Alfaro Águila-Real, J., Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales. 1ª ed. Civitas. Madrid, España. 1991.
- Anahí Chávez Ruesta. Cláusulas abusivas y políticas comerciales en los créditos de consumo. Investigación elaborada para ASPEC como parte del Programa Crédito y Sobreendeudamiento de los Consumidores desarrollado por Consumers International. 2008.
- Ballesteros Garrido, José Antonio. “Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas: A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)”. En: La Ley. No. 5, (Sept. 1999). pags. 1725-1734.
- Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato, 2a Ed., Juricentro, San José, Costa Rica. 1990.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Tecnos, Madrid, España. 1987.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo “Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”. Editorial Aranzadi S.A. Navarra, España. 2000.
- Clavería Gosálvez, L., “La predisposición del contenido contractual”, en RDP, Madrid, julio-agosto, 1979, p. 667.
- Código Civil de Costa Rica
- Código Civil de Nicaragua
- De Castro y Bravo, F. “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, en ADC, t. XI, fasc. IV. Madrid, España. Octubre-diciembre, 1958
- De Castro y Bravo, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en ADC, tomo XXXV, fasc. IV. Madrid, España. Octubre-diciembre, 1982
- De Castro y Bravo, F., Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Civitas. Madrid, España, 1985
- De la Puente y Lavalle, Manuel. Estudios sobre el contrato privado. Cultural Cuzco S.A.

- Editores. Lima, Perú. 1983
- Diez-Picazo, L., Derecho y masificación social; tecnología y derecho privado, Madrid, Civitas, 1987, p. 43.
 - Farina, Juan carlos. Contratos comerciales modernos. 2a. ed., Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1997.
 - García Amigo, M., “Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles”. En: Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1969
 - García Amigo, M., “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, En: Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1978
 - García Amigo, M., *Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída “La Buena Fe en la Ejecución de los Contratos”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. T. 18, Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina. 1998.
 - Lafaille, Héctor. Derecho Civil. Contratos. Tomo VIII. Volumen I. Ediar S.A. Buenos Aires, Argentina. 1953.
 - Ley de Defensa de los Consumidores
 - Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)
 - Messineo, Francesco. “Doctrina General de Contrato” (Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1952.
 - Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial (Traducción de Santiago Sentis Melendo). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1954.
 - Miquel González, J. M.: «Reflexiones sobre las condiciones generales», Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez, T. IV, Madrid, 1994, págs. 4941-61, 4957.
 - Monteil Vidal, Cindy Marcelle. Cláusulas Abusivas y Contratos por adhesión en el Comercio Internacional. San José, Costa Rica, 1999. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Pág. 56
 - Navas Mendoza, Azucena. Curso básico de derecho mercantil. Tomo II. 2da ed. Editorial Universitaria. Leon, Nicaragua. 2004.

- Navas Mendoza, Azucena. Las condiciones generales de contratación en los contratos con consumidores en Nicaragua. Tesis. UNAN León, Nicaragua. 2003.
- Ossorio Morales, J., “Crisis en la dogmática del contrato”, en ADC, tomo V, fasc. III, Madrid, julio-septiembre, 1952, p. 1178.
- Ovalle Favela, José. Derechos del consumidor. 2da Ed. 2001. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dirección General de publicaciones y Fomento editorial. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. 3ª ed. LIL S.A. San José, Costa Rica. 1994. 514 pp.
- Pérez Vargas, Víctor. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Separata, Ponente general Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Editorial Civitas, S.A.
- Pizarro Wilson, Carlos René. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno. En Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia): 117-141. Julio-diciembre de 2004
- Rezzónico, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1987.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. Derechos del Consumidor. En: Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, San José, Nº 100, 2003, Enero - Abril, págs. 183-217.
- Soncco Mendoza, Percy Milton. Los contratos por adhesión y las condiciones generales de contratación. En: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de San Agustín. 161-178.
- Stiglitz, Rubén S. “Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas”. En: Revista Contexto, Universidad Externado de Colombia. pp. 32-51. Bogotá, Colombia, 1999.
- Stiglitz, Rubén y otro. Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, “Control de las cláusulas predispuestas”. Revista La Ley, Argentina. 1987.
- Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel. Derechos y defensa del consumidor. La Rocca, Buenos Aires, Argentina. 1994.

- Subsecretaría de comercio e integración, Provincia de Misiones. Consejos sobre cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Prensa SUCEI. Misiones, Argentina. Disponible en: sucei_comint@misiones.gov.ar
- Vigurí Perea, Agustín, Los contratos de adhesión: Nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho estadounidense. En: Vniversitas Journe I. pag.73-79
- Orúe Cruz, José René. Análisis sobre el régimen jurídico de protección al consumidor en Nicaragua. 1ª ed. HISPAMER. Managua, Nicaragua. 2003. 196 pp.