

Los contratos de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo

I. LA IRRUPCIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

La nueva tecnología existente a partir de la Revolución industrial provoca el aumento en la producción de bienes cuya comercialización requiere de una oferta a un precio razonable. Es necesario para ello la reducción de los costes y, como consecuencia directa para el derecho de los contratos, comienza a utilizarse un *texto contractual prerredactado por quien ofrece el bien o servicio en forma uniforme para la generalidad de los contratos que celebre de ese tipo y, al cual, la otra parte adhiere sin posibilidad real de negociar*^[1].

El contrato de adhesión permite la *reducción de costes* pues simplifica y acelera la celebración de los contratos economizando los insumos (tiempo y medios) necesarios para la contratación individual fundada sobre la discusión de cláusulas concretas^[2]. La celebración del contrato se transforma en un proceso automático una vez que existe acuerdo en el precio y en el bien o servicio.

Su utilización permite además un *mejoramiento de la gestión de la empresa*. Facilita la división de las tareas en el seno de la empresa al concentrar el trabajo jurídico^[3]; reduce las necesidades de comunicación; facilita la planificación y finalmente, permite realizar un cálculo anticipado de las contingencias o eventualidades susceptible de representar un coste para la empresa^[4].

Constituyendo el uso de los contratos de adhesión un instrumento indispensable en un sistema de producción y de distribución de masas^[5], desde sus orígenes -que Basedow sitúa en la póliza de cargo de los naveros ingleses de 1797^[6]- su utilización se propaga en forma acelerada a un punto tal que, en la actualidad, son estadísticamente mayoritarios^[7].

II. ELEMENTOS TÍPICANTES DEL CONTRATO DE ADHESIÓN. CATEGORÍAS

Hasta el momento se ha hecho referencia a un tipo de contrato de adhesión, aquél que se denomina "condiciones generales de los contratos". Se trata de aquellos contratos cuyas cláusulas por su carácter uniforme y general para un colectivo de negocios permiten la concreción de las funciones indicadas y en consecuencia son ellos los que se utilizan en forma constante.

Los elementos típicantes de estos contratos de adhesión son la predisposición, la imposición y la generalidad. Son prerredactados por el oferente y presentados al cliente (predispuestos); éste sólo puede aceptar la propuesta al no existir posibilidad de negociación alguna (imposición) y se redactan en forma uniforme para la generalidad de los contratos que de ese tipo se celebren (generalidad).

Muchos son los autores que consideran que estos son los elementos necesarios que debe contener un contrato para ingresar en la categoría de los contratos de adhesión^[8]. PAGADOR LOPEZ expresa que cuando se habla de *contratos de adhesión* se pone de relieve la *imposición* de los contenidos negociales por parte del predisponente, mientras que *condiciones generales* subraya el aspecto de la *predisposición* del contenido negocial con el fin de aplicarlas a una pluralidad de contratos, pero que "condiciones generales de los contratos y contratos de adhesión acotan *vertientes o dimensiones diversas de un fenómeno único* (la contratación uniforme), pero *no dos realidades distintas*"^[9]

Sin embargo, existe una posición que considera como elementos típicantes de la figura del contrato de adhesión a la *predisposición* y la *imposición* pero no a la uniformidad formal para un conjunto de contratos^[10]. De acuerdo a esto, cabe la posibilidad lógica que exista un contrato de adhesión que no fuera general y uniforme, es decir, un contrato con texto prerredactado por la parte oferente *para ese caso específico* e impuesto a la otra parte sin posibilidad de modificación o colaboración de ésta en su confección. No obstante, se trataría de un caso marginal ya que es muy difícil que una empresa con el poder suficiente para no negociar el contenido del contrato, redacte especialmente un texto contractual para un caso determinado^[11].

El elemento de predisposición como categoría lógica se encuentra incluido en el elemento imposición. Si el contrato se presenta de tal modo al adherente que éste sólo puede aceptarlo, es evidente que el texto del contrato deberá ser predispuesto por el oferente, sea que él mismo lo haya redactado o no^[12]. Desde esta perspectiva, todo contrato impuesto será predispuesto. No existe posibilidad lógica que un contrato con respecto al cual no cabe negociación alguna de su contenido por el adherente sea, al mismo tiempo, redactado en todo o en parte por este último.

También se debe señalar que es posible la existencia de una prerredacción del texto cuando se utiliza un formulario sin que se de una imposición de una parte sobre otra, pero, en estos casos, no existe una auténtica predisposición y, si existiera, no se produce la imposición de una parte sobre otra. Se puede afirmar que es posible una predisposición sin imposición pero no una imposición sin predisposición^[13].

Existe, entonces, una clase de contratos denominada de adhesión cuyo elemento aglutinador es la imposición-predisposición del contenido del contrato de una parte sobre la otra. A su vez, esa clase se subdivide en dos sub-clases de acuerdo a si las cláusulas de dicho contrato han sido estipuladas en forma uniforme para una generalidad de contratos (condiciones generales) o para ese contrato específico sin que existiera posibilidad de negociación para la parte adherente (sub-criterio de la generalidad y uniformidad)[14].

III. LA REDUCCIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL DEL ADHERENTE

De acuerdo a la doctrina clásica del derecho de los contratos, la *libertad contractual* se funda sobre la consideración que el encuentro de la voluntad garantiza el justo equilibrio de cuanto han pactado y, desde un punto de vista económico, asegura que los recursos de los sujetos del mercado se dirijan -por medio de sus acuerdos- hacia un empleo más eficiente que aumenta la satisfacción de sus intereses[15]. En el aumento de la eficiencia -dada por el justo equilibrio entre las prestaciones garantizado por el consenso- se encuentra la justificación de la calidad de bien público otorgada a la libertad contractual. La ausencia de negociación y el sometimiento del adherente a lo predispuesto por el oferente sin conocimiento por éste de su exacto contenido produce una *limitación en la libertad del adherente* que, dada su contradicción con el modelo de contrato clásico, ha motivado la discusión sobre la naturaleza contractual de los contratos de adhesión[16].

Según la posición contractualista mayoritaria[17], se debe diferenciar la libertad de un individuo para decidir entre un negocio u otro (*libertad de decisión*) y la libertad de configurar su contenido (*libertad de configuración*). El adherente mantendría su libertad de decisión sobre el contrato que realiza y sobre los elementos esenciales del mismo, en especial, el precio y la contraprestación del predisponente[18].

La constatación que falta respecto de ciertas estipulaciones la libertad de configuración negocial no permite negar su carácter contractual, sino que, simplemente el ejercicio unilateral por el proponente del derecho a confeccionar el contenido del contrato fundamenta el control externo de dichos contenidos[19].

IV. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, EL DOBLE EFECTO PERNICIOSO Y SU CONTROL EXTERNO

Las empresas -aprovechando ese ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido contractual y la falta de información del adherente- introducen cláusulas en los contratos de adhesión que desplazan obligaciones hacia sus clientes o se arrogan facultades excesivas con la finalidad de trasladar el riesgo de su actividad hacia aquellos y reducir sus costos. Se trata de las cláusulas que se han denominado "abusivas" y dentro de las cuales se encuentran como ejemplo clásico las que establecen la exoneración de la responsabilidad, el derecho a modificar en forma unilateral el contenido del contrato, la inversión de la obligación (carga) probatoria, etc..

El adherente considera la prestación que el proponente ofrece y el precio y, no toma en cuenta a las condiciones generales a las que, por lo general, ignora. Al no ser consideradas para la aceptación de la oferta, las condiciones generales de mejor calidad[20] no influyen en el mercado.

Se observa aquí el *doble efecto pernicioso* de las cláusulas abusivas. Por un lado, *perjudican al adherente* pues provoca en él decisiones no racionales pues, por falta de información, no tomaran en consideración la calidad de las condiciones generales (efecto de la ineficiente asignación de recursos). Por otro lado, se produce un *perjuicio para las empresas* que presentan mejores condiciones, las que, como requieren de costos altos, determinarán un precio más elevado que el de aquellas empresas que presentan condiciones de peor calidad.

El contrato así conformado deja de ser el instrumento para la eficiente asignación de los recursos por los sujetos del mercado y produciendo, por el contrario, una asignación irracional de los mismos que es necesario corregir. Para corregir esta disfunción se da la *intervención legislativa* con la finalidad de realizar un control sobre estos contratos de adhesión[21]. Este control puede ser de dos formas: un control abstracto y un control concreto. El primero es que se le concede a órganos administrativos del Estado que controlan el contenido de las condiciones generales de los contratos; el segundo, es el que realizan los órganos jurisdiccionales. Este último es que más difusión ha tenido en el derecho comparado y el que se incluye en todas las legislaciones regulatorias de las relaciones de consumo.

El *Codice Civile* regula ya en 1942 a las condiciones generales de los contratos. En su artículo 1341 las define y dispone la nulidad de un conjunto taxativo de cláusulas que denomina *vessatorie* (abusivas), mientras que en su artículo 1370 establece la regla de interpretación a favor del adherente. El *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de América introduce en 1962 una norma por la cual se consagra y clarifica una jurisprudencia de common law que permite al juez anular cláusulas abusivas. Es a partir de los años setenta que en Europa se organiza sistemáticamente la lucha contra las cláusulas abusivas. Se

sucedan leyes en Suecia (1971), Reino Unido (1973, 1977), en Dinamarca (1974), Alemania (1976), Francia (1978)[22]. En los ochenta se sancionan las leyes de España (1984)[23] y Portugal (1985) mientras que en los noventa aparecen en sùdame rica leyes que contienen controles sobre los contratos de adhesión en Argentina (1993) y Brasil (1991).

De estas leyes, la ley alemana merece especial destaque. Desde 1906 la jurisprudencia alemana había iniciado el control del contenido de las condiciones generales, basándose en lo dispuesto por la cláusula general de buenas costumbres (art. 138 BGB) y se limitaba a los supuestos en los que el predisponente poseía una posición de monopolio. Luego del trabajo de REISER[24], el control se extiende a todo tipo de cláusulas y se apoya en la cláusula de buena fe del art. 242 BGB. El legislador alemán recoge esta jurisprudencia del Tribunal Supremo y en 11 artículos plasma la regulación jurídica del control de los jueces sobre los contratos con condiciones generales. Determina como ámbito objetivo de aplicación de la ley todos los contratos de adhesión sean entre empresas y consumidores o entre las propias empresas (art. 1). Se establece un **control de incorporación** por el cual, de acuerdo al artículo 3, las condiciones generales forman parte del contrato si (i) posibilitan un conocimiento razonable al adherente; (ii) su existencia es informada por el predisponente; y (iii) el cliente manifiesta su aceptación, mientras que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3, no forman parte del contrato las cláusulas que resulten tan insólitas que el contratante no tuviera porque contar con su existencia. El art 5 establece la regla de **interpretación** favorable al adherente y los arts. 9 a 11 dispone el **control del contenido** previendo una cláusula general (*son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe*) y dos listas de cláusulas abusivas, una de aquellas a las que declara expresamente ineficaces (lista negra) y otra con aquellas cuya declaración de ineficacia deja a la apreciación del juez (lista gris)[25]. Esta ley contiene un método de análisis de los contratos de adhesión: control de inclusión, interpretación, control del contenido.

La Directiva europea 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece un control del contenido sobre las cláusulas contractuales de los contratos de adhesión con consumidores. Su singular relevancia se da porque ha debido ser trasladada a los diferentes ordenes jurídicos, lo cual, ha motivado la sanción de leyes en cada uno de ellos con el consiguiente desarrollo de producción doctrinaria y jurisprudencial[26].

V. LA REGULACIÓN URUGUAYA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La ley de regulación de las relaciones de consumo dedica cuatro artículos – artículos 28 a 31- para establecer un régimen especial para los contratos de adhesión. El primero lo define, el segundo dispone la regla de la transparencia y los dos últimos refieren al control del contenido denominado concreto, es decir, aquel destinado a ser realizado por los jueces.

En cambio, no se prevé un control abstracto sobre los contratos de adhesión, esto es, aquel que realiza una autoridad diferente a la judicial y con la finalidad de impedir las condiciones generales de los contratos que sean abusivas. Este tipo de control está establecido por el artículo 30 de la Ley argentina de Defensa del Consumidor[27].

VI. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

El artículo 28 de la Ley 18.250 establece una definición del contrato de adhesión que delimita el ámbito que la propia ley dispone para dichos contratos en los artículos 29, 30 y 31. Expresa que es contrato de adhesión *aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido*. La norma realiza una delimitación subjetiva, en cuanto dispone expresamente quienes serán partes del contrato de adhesión: el proveedor y el consumidor. Los conceptos sobre estos sujetos negociales están previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley que, con buen criterio legislativo, adopta el texto dispuesto por la Resolución MERCOSUR/G.M.C. No. 123/96 y por los artículos 3 y 4 del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor[28].

Es necesario aquí realizar dos precisiones. En primer lugar, el concepto de *consumidor incluye a las personas jurídicas* que actúan como destinatarios finales a diferencia del artículo 2 literal b de la Directiva 93/13/CEE -que lo restringe a las personas físicas- y a semejanza de la ley argentina de defensa del consumidor y del Código de Defensa del Consumidor[29]. En segundo lugar, el elemento definidor de la categoría es la noción económica de **destinatario final**: *aquel sujeto que adquiere bienes o servicios en uno de los procesos de circulación de bienes (en sentido amplio) con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales y no con el propósito de reintroducirlos directa o indirectamente en el mercado*

La expresión destinatario final tiene el mismo significado que “persona que actúa con *propósito ajeno a su actividad profesional* utilizada por la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b)[30].

El artículo 28 contiene también la *delimitación objetiva* de aplicación de las normas sobre contratos de adhesión al definir a éstos como aquellos contratos que presentan las características de *predisposición e imposición*, es decir, según se ha visto al referirse al contrato de adhesión en abstracto, contratos con texto dispuesto en forma unilateral por el proveedor sin posibilidad de negociación por el consumidor. Al no incluir el elemento de generalidad, las normas de los artículos 28 a 31 se aplican aún cuando no se traten de cláusulas contractuales establecidas en forma uniforme para un conjunto de contratos (condiciones generales de los contratos), con lo cual se comprenden en su régimen aquellos contratos redactados por el oferente para ese caso particular en forma unilateral e impuestos al adherente. Esta definición esta contenida en forma similar en el artículo 38 del *Proyecto de Protocolo MERCOSUR de Defensa del Consumidor* y tiene como consecuencia un ámbito objetivo de aplicación similar al de la *Directiva europea 93/13/CEE* que prevé el control de contenido de abusividad respecto a las cláusulas que “no se hayan negociado individualmente” (art. 3.1) y a éstas las define como aquellas que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido (art. 3.2) A pesar de definir los contratos de adhesión en forma similar a la ley uruguaya, la *ley brasileña* no restringe el control del contenido a estos contratos sino que lo extiende a todos los contratos con consumidores[31]. A los contratos de adhesión dedica normas cuyo objeto es el control de inclusión y la regla de la transparencia[32]. La *ley argentina*, al igual que la brasileña, permiten el control de cláusulas abusivas a los contratos que celebren los consumidores en forma general, sin requerir que se trata de un contrato prerredactado e inevitable.

Si bien puede considerarse correcto el criterio adoptado por la ley uruguaya en cuanto a exigir los dos elementos indicados, no lo es así el hecho de *restringir la definición de contratos de adhesión a aquella que celebren un proveedor y un consumidor*. El contrato de adhesión puede celebrarse entre dos empresas por contener los elementos que lo ubican en dicha categoría. Si el contrato es dispuesto en forma unilateral por una de las partes in posibilidad de negociación de éstas por la otra, entonces nos encontramos ante un contrato de adhesión.

Diferente es el tema del *grado de protección al adherente*. Los ordenes jurídicos que han regulado al contrato de adhesión en su conjunto sin limitarlo al celebrado con consumidores (Alemania, Austria, Portugal[33]) se fundan en que la limitación de la libertad contractual y de la autonomía privada es similar en las dos situaciones. Otros, como la Directiva comunitaria europea y sus trasposiciones en Italia y Francia[34], sólo protegen al consumidor por la mayor inferioridad negocial de éstos con respecto a los empresarios y por las exigencias de mayor flexibilidad del tráfico mercantil[35].

Si esto último es lo que se quiere, la solución adecuada es definir al contrato de adhesión sin limitarlo a las situaciones de predisposición e imposición entre proveedor y consumidor y luego, al establecer el control de las cláusulas abusivas (u otras reglas de protección), limitarlo a los contratos de adhesión con consumidores.

VII. INEXISTENCIA DE CONTROL DE INCORPORACIÓN Y REGLA DE LA TRANSPARENCIA

El Artículo 29 de la Ley 18.250 establece que los contratos de adhesión serán redactados “*en términos claros y con caracteres fácilmente legibles, de modo tal que faciliten la comprensión por el consumidor*”. Se trata de la denominada regla de la transparencia que tiene por finalidad que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido de las mismas. La ausencia de comprensibilidad del texto contractual es sancionada con la inexistencia (las cláusulas no se consideran incluidas en el contrato) en aquellos ordenes jurídicos que la consideran un *requisito de incorporación* o con la aplicación de la regla *contra proferentem*. La primera es la solución del AGBG (1976) y de las leyes sobre condiciones generales de Portugal (1985) y España (1998) donde ya la Ley de General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (1984) lo preveía de esa forma[36]. La segunda solución es la adoptada por la Directiva comunitaria 93/13/CEE que luego de exigir la comprensibilidad del texto dispone, en forma inmediata, que en caso de duda se interpretará a favor del consumidor (at. 5)[37].

La ley uruguaya no establece la **sanción** correspondiente a la violación del deber de “transparencia” del predisponente. Para dar respuesta a la interrogante que esto plantea es necesario analizar una segunda referencia a la “*regla de la transparencia*” que se encuentra en el art. 30 de la ley. Esta norma establece el control de contenido del contrato de adhesión, *excluyendo* del mismo a las cláusulas referidas al “*producto o servicio*” y al “*precio*” “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. La exclusión se debe a que en el contrato de adhesión existe consentimiento respecto al

bien o servicios ofertado y al precio a pagar por él, por lo cual, el control sobre el contenido de este elemento del contrato (objeto) carece de fundamento[38]. La comprensibilidad del texto contractual es sancionada en este caso con la apertura del control de contenido: la falta de transparencia permite al juez analizar si las cláusulas referidas al objeto del contrato son abusivas.

Si bien la regla de la transparencia se refiere a requisitos de forma del contrato no puede sostenerse que sea un requisito de incorporación. La norma no prevé una sanción de tal entidad y en su ausencia no es posible sostener esa conclusión. La sanción debe indagarse en el propio sistema de derecho sistema dentro del cual se inserta el micro sistema normativo de los contratos de adhesión[39].

La incomprensibilidad del texto se ubica, en primer lugar, en el ámbito de la *responsabilidad precontractual*: el predisponente estará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios si la violación del deber de claridad y comprensión es incumplido. Se aplica lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley No. 17.250 de acuerdo al cual el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a pretender la resolución o el cumplimiento del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios. Puede suceder que la violación de la regla de transparencia se configure como una actuar en contra de la buena fe o, también, como un incumplimiento del deber de informar a que refiere dicha norma[40].

En segundo lugar, un texto incomprensible será interpretado de acuerdo a la *regla interpretativa contra proferentem* o contra el autor de la cláusula que, no estableciendo la ley la regla a favor del consumidor, se aplica por lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, según el cual, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación[41].

En tercer lugar, es posible que un texto prerredactado e impuesto e *incomprensible* amerite considerarlo abusivo y sancionado con nulidad de acuerdo, a lo dispuesto por el artículo 30 de la misma Ley. Es cierto que una cláusula incomprensible puede no ser *abusiva* pero, también, que la redacción de un texto contractual predisuesto en forma que el adherente no pueda comprender a qué se obliga, impide a éste elegir en forma libre entre las opciones de oferta existentes y se configura como contraria a la buena fe y pasible de determinar un desequilibrio injustificado entre las prestaciones de las partes[42]. El propio artículo 30 así lo dispone al establecer la nulidad de las cláusulas abusivas sea por su contenido o por su forma, categoría dentro de la cual ingresa la incomprensibilidad del texto contractual[43].

VIII. ESTRUCTURA, CRITERIOS Y EXCLUSIÓN DEL CONTROL DEL CONTENIDO

A) Estructura del control de contenido

El capítulo XI de la ley uruguaya regulatoria de las relaciones de consumo establece en sus dos artículos -30 y 31- el control de contenido del contrato de adhesión. Este control concreto del contrato tiene por finalidad eliminar, por medio de la declaración de nulidad, aquellas cláusulas de los contratos de adhesión que se consideran abusivas. Se intenta de esa forma impedir los efectos perniciosos de dichas cláusulas ocasiona tanto a los adherentes que se perjudican por la falta de negociación y predisposición como a las empresas que presentan condiciones contractuales de buena calidad en el mercado. Como indica VATTIER FUENZALIDA en el control del contenido “está la clave del régimen protector ya que su finalidad es expulsar del contrato cláusulas desequilibradas, esto es, las cláusulas que consagran privilegios a favor del empresario o profesional y perjudican, por tanto, de forma inustificada, al adherente o, en su caso, al consumidor”[44]

La ley 17.250 establece una cláusula general prohibitiva de cláusulas contractuales abusivas y una lista no taxativa de cláusulas contractuales que deben considerarse abusivas necesariamente. Se aparta de la solución alemana que para todos los contratos de adhesión –sea con consumidores o no- dispone una cláusula prohibitiva general (art. 9) y dos listas, una negra donde las cláusulas que allí aparecen deben considerarse abusivas y otra gris, que establece la presunción de abusividad de la cláusulas que admite prueba en contrario (arts. 10 y 11). Tampoco se ha considerado la solución portuguesa que contiene una cláusula general y dos listas negras y dos grises, una de cada una para contratos de adhesión con consumidores y una de cada para contratos de adhesión entre empresarios.

La ley uruguaya toma como modelo el artículo 44 del Proyecto de Protocolo MERCOSUR de Defensa del Consumidor[45] que, a su vez, se basa en la solución adoptada por la Directiva 93/13/CEE. En esta el artículo 3.1 dispone una cláusula general prohibitiva[46] -cuya aplicación trata de facilitarse u orientarse mediante el establecimiento de unos criterios instrumentales a tal fin- y un catálogo o lista ejemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas (art. 3.3.) y que figura recogido en el Anexo de la Directiva.

La ley argentina de Defensa del Consumidor en su artículo 37 bajo el título de interpretación y en el capítulo 9 de la misma denominado “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces” establece que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas tres tipos de cláusulas: a) las que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte y c) las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba. Dentro de esta enumeración la disposición que declara la ineficacia de las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones actúa como una cláusula prohibitiva general y las restantes como un catálogo no taxativo de cláusulas abusivas. El concepto de naturalización es muy abstracto y en la ley alemana de condiciones generales de la contratación de 1976 es entendido, por disposición normativa expresa, como el apartamiento del modelo ofrecido por el Derecho dispositivo. A pesar de no estar dotada la ley de una norma similar a la germana que enmarca la desnaturalización en ese parámetro objetivo, ese es el concepto que se ha desarrollado por la doctrina argentina. Dentro de ella, LORENZETTI indica que el sentido de “desnaturalización” es la que se deriva de la *communis opinio* y supone que hay algo “natural” que se identifica con lo “normal”, lo que tiene como consecuencia que concretamente se hace referencia al modelo que “patentiza el Derecho dispositivo”^[47]

La ley brasileña establece el control de contenido de los contratos con consumidores por medio de una lista de dieciséis cláusulas que deben considerarse abusivas. Dentro de dicho catálogo se incluye una cláusula prohibitiva general cuando declara nulas las cláusulas que “IV. Estabelecamos obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Y en el mismo artículo 51 su párrafo 1 indica que se presume exagerada, entre otras, la ventaja que: a) ofende los principios fundamentales del sistema jurídico al que pertenece, b) restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo de amenazar su objeto o el equilibrio contractual, c) se muestra excesivamente onerosa para el consumidor, considerándose la naturaleza del contenido del contrato, los intereses de las partes e otras circunstancias particulares del caso.

Al igual que en el caso argentino, la lista de cláusulas abusivas contiene un supuesto que por su abstracción y capacidad de regir a un número indeterminado de casos, debe considerarse una cláusula general complementada por la lista de cláusulas indicadas expresamente como abusivas. En el caso brasileño se determina además un conjunto de parámetros para considerar cumplida la exigencia de que la cláusula coloque al consumidor en una posición de desventaja exagerada (“desvantagem exagerada”).

B) Criterios de calificación de la abusividad

A pesar de adoptar una estructura similar de control del contenido (cláusula prohibitiva general y lista ejemplificativa), el criterio general para calificar una cláusula como abusiva que adopta la ley uruguaya -y el Proyecto de Protocolo MERCOSUR- es diferente al de la Directiva europea. En efecto, indica esta última que será abusiva la cláusula no negociada individualmente que “*pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*”. En cambio, el artículo 30 de la Ley No. 17.250 dispone que es abusiva “*toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe*”.

Mientras la solución europea interrelaciona la buena fe y el desequilibrio, la ley uruguaya autonomiza ambos criterios: una cláusula es abusiva si produce desequilibrio o si viola la obligación de actuar de buena fe. A la luz de los estudios doctrinarios realizados sobre la Directiva europea y a las trasposiciones de la misma a los diferentes países de la entidad comunitaria europea debe considerarse acertada la solución adoptada por la Ley uruguaya.

La disposición de la Directiva europea ameritó en cada uno de los países que la plasmaron en leyes internas múltiples problemas de interpretación en cuanto a si se trata de dos criterios autónomos (desequilibrio y buena fe) o uno sólo interrelacionado. Así en **Italia**, se sostuvo que el desequilibrio significativo coincide con el control de la buena fe (BIGLIAZZI) y que el desequilibrio es una concretización de la buena fe (V: RIZZO), pero, la autorizada doctrina ha sostenido, a pesar del texto de la Directiva, que la buena fe y el desequilibrio son dos criterios de calificación de la abusividad de una cláusula contractual autónomos e independientes. Como afirma MINERVINI, “*Squilibrio e violazione della buona fede sono criteri di valutazione della vessatorietà del tutto autonomi e indipendenti: è sufficiente che sussista uno dei due indici, perché la clausola sia vessatoria*”^[48].

Por su parte, **Francia** al trasponer la Directiva no utiliza la referencia a la buena fe, por entender que se trata de un concepto de gran abstracción que permite una demasiado amplia discrecionalidad al momento de aplicarlo. El artículo L. 132-1 del *Code de la Consommation* declara que son abusivas las cláusulas “*qui ont pour objet o pour effet de creer, au detriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat*”. Esta solución normativa deja en claro la autonomía del criterio del desequilibrio significativo e injustificado frente al criterio de la buena fe.

La ley uruguaya separa ambos criterios de modo tal que una cláusula será abusiva si produce un desequilibrio claro e injustificado o si importa la violación de la obligación de actuar de buena fe. Puede existir un desequilibrio claro e injustificado que no viole la obligación de buena fe y una cláusula que determine el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe aunque no produzca necesariamente un claro e injustificado desequilibrio. Por ello, no se comparte la posición de ORDOQUI para quien la justa distribución de derechos y obligaciones es, en definitiva, una exigencia del actuar de buena fe[49]. El desequilibrio a que refiere la norma en examen no es económico sino jurídico, es decir, no se trata de un desequilibrio en el valor económico de las prestaciones de las partes, sino que, en la distribución de los derechos y obligaciones que asumen las partes por el contrato[50]. El equilibrio de las prestaciones que se encuentra implícita en la norma es el del conjunto de las mismas que integran el contrato. No se trata de un desequilibrio entre dos contraprestaciones específicas sino entre el conjunto de prestaciones que emergen del contrato y con respecto a las cuales se se produce el entramado de derechos y obligaciones contractuales[51].

Por su parte, la buena fe a que refiere la disposición referida es la denominada buena fe objetiva. Se trata de una regla de conducta que impone actuar de acuerdo a un estándar abstracto de conducta debida de acuerdo al conjunto de conductas exigibles a los sujetos pasivos de las normas integrantes del Derecho dispositivo[52].

Tanto para aplicar uno u otro criterio de abusividad de las cláusulas de los contratos de adhesión es necesario contrastar la cláusula que se examina con el parámetro abstracto de “desequilibrio jurídico de derechos y obligaciones” y de “buena fe” que se adopte. Se debe considerar en forma abstracta que se considera como contrato equilibrado y luego contrastar las soluciones adoptadas por el mismo[53]. De la misma forma, se debe contrastar la cláusula del contrato de adhesión con la conducta debida por los contratantes y, específicamente por el predisponente, de acuerdo a la regla de la actuación conforme con la buena fe.

C) La exclusión del control del contenido

El control del contenido de un contrato de adhesión con consumidores es excluido respecto de aquellas cláusulas que han sido tenidas en cuenta por el adherente a la hora de adoptar su decisión de contratar[54] o, como indica ALFARO AGUILA-REAL, aquellas cláusulas predisuestas que han sido o puede razonablemente considerarse seleccionadas o, mejor, reflexionadas, ponderadas y, en consecuencia, consentidas por los adherentes[55]. Esta situación se da principalmente en la hipótesis configurada por aquellas cláusulas prerredactadas relativas a los elementos esenciales del contrato[56] y, en especial, las relativas al objeto del contrato, esto es, a las prestaciones a que se obligan las partes: la cosa y el precio.

El fundamento del control del contenido del contrato de adhesión se encuentra en la falta de *libertad de configuración* del contrato que padece el adherente. En cambio, en esta clase de contratos hay *libertad de decisión* para el adherente en cuanto a qué contrato se celebra y en cuanto al precio y a la cosa objeto de la prestación[57]. Por ello, existe con respecto a este elemento contractual (objeto) consentimiento de las partes y no tiene cabida el régimen de protección que implica el control del contenido del contrato, puesto que, en dicho caso el adherente se encuentra “suffisamment protegés par le jeu de la libre concurrence”[58] y un control sobre dichas cláusulas, en consecuencia, afectaría la libertad de mercado[59].

El artículo 30 de la Ley No. 17.250 establece como supuesto de exclusión del control del contenido del contrato de adhesión a las cláusulas que se refieren al objeto del contrato, al disponer que “*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. Esta norma tiene como modelo el artículo 44 del Proyecto de Protocolo MERCOSUR de Defensa del Consumidor que, a su vez, adopta un texto casi idéntico al del artículo 4.2. de la Directiva europea 93/13.

De la misma forma que estas normas, la ley uruguaya establece como condición para la exclusión del control del contenido de las cláusulas referidas al objeto del contrato que dichas cláusulas “se redacten de manera clara y comprensible”. Se trata de una aplicación de la “regla de transparencia” de los contratos de adhesión. El fundamento de esta condición se encuentra en que el control de contenido nos e aplica a las cláusulas que refieren al objeto del contrato por prestarse un consentimiento “integral” con respecto al mismo por parte del adherente al contrato. Sin embargo, dicho consentimiento sólo es posible si las cláusulas referidas a las prestaciones objeto del contrato son comprensibles para el adherente de forma tal que efectivamente se produzca ese consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro-Águila Real, Jesús, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- Ballesteros Garrido, J. A., *Las condiciones Generales de los contratos y principio de autonomía*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Bercovitz-Rodríguez Cano, R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Civitas, Madrid, 1987.
- Basedow, J., “Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca”, *Contratto e impresa*, 1985
- Bianca C.M. y Busnelli F.D. (Coordinadores), *Comentario al Capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, Cedam, Padova, 1999.
- Calais-Auloy, J. y Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1996.
- Cesaro E. (coordinador), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Vol. I., Cedam, Milán, 1996.
- Díaz Alabart, S. en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- Díaz Jiménez, M. Del C., “*Interpretatio contra stipulatorem y principio de interpretación más favorable al consumidor*”, *Actualidad Civil*, abril-mayo 1994, Sec. XVIII.
- Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. 1, Madrid, 2ª. Edición, 1986.
- García Amigo, M., “*La ley alemana occidental sobre condiciones generales*”, *Revista de Derecho Privado (España)*, 1978.
- Hildebrand, G. “*The Uniform Commercial Code Drafting Process: Will Articles 2, 2B, and 9 Be Fair to Consumers?*”, *Washington U. L. Q.*, v. 75, 1997
- Howells, G. – Weatherill, S., *Consumer Protection Law*, Univerity Press Cambridge (GB), 1995,
- Irti, N., *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1997
- López Sánchez, M. A. “*Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*” en *Estudios sobre consumo*, Núm. 16, 1989.
- Lorenzetti, R., “*Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor*”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores*, Rubinzal, Santa Fe, 1994
- Löwe, W., “*Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchs gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?*”, *Betriebsberater (BB)*, 1987
- Mariño López, A., “*La interpretación judicial del contrato en el Derecho Uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil*” en *ADCU*, T. XVIII.
- Mariño López, A., “*Notas sobre la interpretación del contrato en Italia. Estudio comparado con el Derecho uruguayo*”, en *ADCU* T. XIX.
- Mariño López, Andrés, “*Las cláusulas abusivas y la nueva regulación de los contratos de adhesión en el derecho uruguayo*”, Base de datos Doctrina de El Derecho Digital (www.derechodigital.com).
- Minervini, E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- Murray Jr., J.E., *Murray on Contracts*, The Michigan Company Law Publishers, Charlottesville (Va), 1990
- Ordoqui, G., *Derecho del Consumo. Ley No. 17250. Dec. Reglamentario 244/00*. Ediciones del Foro, Montevideo, 2000
- Pagador López, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999
- Petit Lavall, M.V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- Reiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, Hamburgo, 1935
- Roppo, Enzo, *Contratti Standard*, Guiffè, Milán, 1975.

- Slawson, W. D., “*Standard From Contrcts and Democratic Control of Law-making Power*”, Harvard Law Review, vol. 84, 1971.
- Szafir, D., *El consumidor en el derecho comunitario – Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur*, FCU, Montevideo, 1998.
- Stella Richter, G., “*La interpretazione dei contratti dei consumatori*”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1997
- Ulmer, P. *Diez años de la Ley alemana de Condiciones generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas* (traducción de J. Alfaro Águila-Real), Anuario de Derecho Civil (España), julio-septiembre 1988.
- Vattier Fuenzalida, C., “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Sep.-Oct. 1995, Núm. 630.

[1] L. Díez Picazo define a los contratos de adhesión como “aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen”, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. 1, Madrid, 2ª. Edición, 1986, p. 323.

[2] Se requeriría de una multitud de vendedores con autonomía jurídica suficiente para negociar las cláusulas en forma particular. Cfme. E. Roppo, *Contratti Standard*, Guiffè, Milán, 1975, p. 29, J. Alfaro-Águila Real, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 1991 pp. 28-29

[3] Mientras los otros integrantes de la empresa pueden dedicarse a sus tareas particulares. Así, por ejemplo, los vendedores tienen la posibilidad de despreocuparse al respecto y concentrarse en su actividad específica.

[4] E. Roppo, op. cit. p. 32, J. Alfaro Águila-Real, op. cit. p. 32. Observa este último que en algunos sectores como el de seguros, donde la economía del contrato se basa en grandes números, la uniformidad de las condiciones contractuales es un requisito indispensable para la actividad empresarial.

[5] J. Calais-Auloy y F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 1996, p. 148.

[6] J. Basedow. “*Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*”, *Contratto e Impresa*, 1985, p. 436. Se refiere a las condiciones generales insertadas en la póliza de cargo por los armadores de Inglaterra. Incluían la cláusula de exoneración de responsabilidad en su favor.

[7] C. Vattier Fuenzalida, “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Sep.-Oct. 1995, Núm. 630, pp. 1525-1526. Expresan al respecto J. Calais-Auloy y F. Steinmetz, que “*louer un appartement, acheter une automobile, commander un objet par correspondance, souscrire une police d’assurance, prendre un billet de transport, voilà quelques cas, et on pourrait en citer bien d’autres, dans lesquels des consommateurs adhérent, sans pouvoir les modifier, à des contrats rédigés par avance*”, op. cit. p. 148.

[8] J. Alfaro-Águila Real expresa que un contrato de adhesión “particular” o es inadmisibles pues “conduce a la desnaturalización de la propia figura del contrato de adhesión en cuanto manifestación típica de la contratación uniforme, es decir, general, o es inútil por abarcar únicamente a supuestos de tipo marginal”, Op. cit. p. 22.

[9] J. Pagador López, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 22. En nuestro país: G. Ordoqui, *Derecho del Consumo. Ley No. 17250. Dec. Reglamentario 244/00*. Ediciones del Foro, Montevideo, 2000, p. 28.

[10] Como se verá *ut infra* esta es la solución adoptada por la Directiva 93/13/CEE y la Ley uruguaya 17.250. C. Vattier Fuenzalida considera que “la clave de la figura no está tanto en la predisposición del contenido del contrato sino más bien en la imposición por el empresario al adherente”. Lo esencial para él es la falta de negociación de las distintas cláusulas del contrato, descartando a la predisposición como un auténtico elemento tipificante del contrato de adhesión. Op. cit , p. 1525.

[11] Perdería de esa forma las ventajas que otorga el uso de un texto uniforme para todos sus contratos y que fueran la causa de la propagación del contrato de adhesión.

[12] Cabe la posibilidad de que sea redactado por un tercero, como por ejemplo una entidad grupal empresarial o que las condiciones generales sean fijadas por una autoridad estatal. En contra de esta opinión J. Alfaro Águila-Real, para quien el elemento definidor es la predisposición: “A nuestro juicio, el elemento más esencial para justificar el control es el de la *predisposición*. Ello no es difícil de justificar. Según lo expuesto en el capítulo primero, el control se justifica porque el empleo de cláusulas

predispuestas genera defectos de información que hacen prohibitivo para los adherentes seleccionar entre las diferentes condiciones generales existentes en el mercado. De manera que la imposición, si bien está en la base de la regulación, ha quedado recogida en la ley en una de sus apariciones típicas, es decir, cuando las cláusulas contractuales se preparan con antelación para una pluralidad de contratos porque ... el hecho que una de las partes se pliegue a las condiciones contractuales impuestas por la otra por sí misma, no significa que no haya existido autodeterminación”, op. cit. p. 182. Sin embargo, en contra de lo expuesto por Alfaro puede afirmarse que si es impuesto el contrato no existe autodeterminación.

[13] Véase al respecto, G. Ordoqui, op. cit., pp. 188-191.

[14] Si existiera negociación, el contrato no sería impuesto y predispuesto por lo cual dejaría de ser un contrato de adhesión.

[15] J. Basedow, op. cit. p. 437.

[16] Desde el primer estudio de R. Saleilles -*La déclaration de volonté (Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand)*, Paris, 1901, reimpr. 1929, p. 229- se discute el punto. Las teorías normativistas que negaron la naturaleza contractual de los contratos de adhesión fueron dejadas de lado por las tesis contractualistas modernas. A pesar de ello J. Alfaro Águila Real ha sostenido la eficacia no normativa de estos contratos, op. cit., pp.93-107.

[17] Es de mencionar también a la doctrina de las expectativas racionales del adherente, de acuerdo a la cual este último se obliga a aquello que sea razonablemente esperable que las cláusulas del contrato de adhesión contengan. Respecto a la misma véase: W. D. Slawson , “*Standard From Contrcts and Democratic Control of Law-making Power*”, Harvard Law Review, vol. 84, 1971, pp. 529-566; J.E. Murray Jr., *Murray on Contracts*, The Michigan Company Law Publishers, Charlottesville (Va), 1990, pp. 480-508. G. Hildebrand, “*The Uniform Comercial Code Drafting Process: Will Articles 2, 2B, and 9 Be Fair to Consumers?*”, Washington U. L. Q., v. 75, 1997, pp. 69-186. Véase también la exposición española de dicha doctrina en: J. A. Ballesteros Garrido, *Las condiciones Generales de los contratos y principio de autonomía*, Bosch, Barcelona, 1999.

[18] Véase esta posición desarrollada en J. Pagador López, op. cit. p. 654 y en su fundamentación inicial dada por M. Wolf, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübing, 1970, p. 60, 70-74, 114-115.

[19] Al respecto véase J. Alfaro Águila-Real, op. cit. p. 87, con citas de M. Wolf, en Wolf, M – Horn, N – Lindacher, W.; *AGBG Kommentar*, München, 1989, núm. 3 y P. Ulmer, en *AGBG Komentar*, P. Ulmer-H.E. Brandner- D. Hensen, Köhln, 1990, núm 22. Por control externo me refiero a la intervención legislativa y jurisprudencial con la finalidad de corregir los abusos a que hubiera dado lugar dicha facultad de confección unilateral del contrato.

[20] Aquellas que significan un coste alto para la empresa proveniente de la asunción de riesgos que dichas condiciones implican.

[21] Sobre las diferentes posiciones existentes con respecto a la intervención del legislador véase A. Mariño López, “*Las cláusulas abusivas y la nueva regulación de los contratos de adhesión en el derecho uruguayo*”, Base de datos Doctrina de El Derecho Digital (www.derechodigital.com).

[22] J. Calais-Auloy – F. Steinmetz, op. cit. p. 166; Howells, G. – S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Univerity Press Cambridge (GB), 1995, pp. 310-311.

[23] Incluidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

[24] L. Reiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, Hamburgo, 1935.

[25] Sobre consideraciones generales de la Ley alemana de condiciones generales de los contratos (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) puede verse: M. García Amigo, “*La ley alemana occidental sobre condiciones generales*”, *Revista de Derecho Privado (España)*, 1978, pp. 382 y ss; P. Ulmer, *Diez años de la Ley alemana de Condiciones generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas*” (traducción de J. Alfaro Águila-Real), *Anuario de Derecho Civil (España)*, julio-septiembre 1988, pp. 763-787; J. Basedow, “*Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*”, op. cit., pp. 435-467.

[26] Es el caso de la doctrina italiana que luego de la trasposición de la Directiva mediante la inclusión del “Capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore” por la legge de 6 de febrerop de 1996: Al respecto por todos véase: *Comentario al Capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca y F.D. Busnelli, Cedam, Padova, 1999.

[27] Establece que la “autoridad de aplicación” vigilará que los contratos de adhesión y similares no contengan cláusulas abusivas (“previstas en el artículo anterior”). Luego extrañamente indica que la misma atribución se “ejercerá respecto de las cláusulas uniformes generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sino que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”, como si éstos contratos no fueran también de adhesión.

[28] Cfme. D. Szafir, *El consumidor en el derecho comunitario – Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur*, FCU, Montevideo, 1998, pp. 221-226.

[29] La Directiva europea se refiere a toda persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad profesional. El criterio de incluir a las personas jurídicas es la solución en la Ley española 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, (párrafos 2º y 3º del art. 1). En Italia se limita también el concepto a las personas físicas (art. 1469 bis comma 2º Codice Civile).

[30] Cfme. J. Pagador López, op. cit. p. 152. En contra: M.V. Petit Lavall, *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 59.

[31] El capítulo VI del Código de defensa del consumidor se titula “Da protecao contratual”. En el mismo y entre otras disposiciones normativas, el artículo 46 sanciona con la no-incorporación a los textos contractuales con consumidores incomprensibles o sin que se permita tener conocimiento previo de su contenido; el artículo 47 establece la regla de la interpretación más favorable al consumidor; el art. 51 dispone la nulidad de las cláusulas abusivas que allí se expresan.

[32] Dentro del capítulo a que se hace referencia en la nota anterior, el artículo 51 se destina a los contratos de adhesión, definiéndolos en su acápite y estableciendo luego cuatro numerales con reglas específicas para este tipo de contrato.

[33] Alemania: la ya citada AGBG 1976; Portugal, Decreto/ley 446/85 sobre Cláusulas contractuais gerais, arts. 16 y 20; Austria art. 879 III Código Civil (ABGB) y Konsumentenschutzgesetz, 1979) Sobre estas normas puede verse: B. Eccher, “*Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori*”, Rivista di Diritto Civile, 1980, I, pp. 275-291.

[34] Italia: arts. 1469 bis y 1469 ter Codice Civile. Estas normas no limitan expresamente la protección al contrato de adhesión sino que el último art. indica que “*Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*”, de lo que se infiere que se aplica a los contratos que sean impuestos (no negociados en forma individual); Francia: arts.L. 131-1 a L. 135-1 del Code de la consommation. En este caso el control de cláusulas abusivas se aplican a todos los contratos, no exigiéndose que se trate de un contrato de adhesión con la finalidad de “*éviter bien des difficultés, car la notion de contrat d’adhésion est une nébuleuse dont les contours manquent de clarté*”, cfme. J. Calais-Auloy – F. Steinmetz, op. cit., p. 168. Como se observa, es una solución similar a la argentina y brasileña.

[35] Un desarrollo de las dos posiciones doctrinarias: J. Alfaro Águila-Real, op. cit. p. 175 con cita de B. Schmidt-Tedd, *Kauffmann und Verbraucherschutz in der EG*, Frankfurt, 1987. p. 62; J. Pagador López, op. cit., p. 142, quien refiriéndose a la necesidad de dos regímenes diferentes para empresarios y consumidores cita a W. Löwe, “*Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?*”, Betriebsberater (BB), 1987, pp. 1036 ss; M. A. López Sánchez, “*Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*” en Estudios sobre consumo, Núm. 16, 1989, p. 89.

[36] Alemania: art. 2 AGBG I, 2, “Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando ofrece al otro contratante la posibilidad de conocer su contenido en forma razonable ...” ; España: Art. 7, b, Ley 7/98: No quedaran incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: La que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles...” y art. 10 1 a) Ley 26/84 que exige que las cláusulas estén redactadas con concreción, claridad y sencillez con posibilidad de comprensión directa.

[37] Cfme. J. Pagador López, op. cit. pp. 71-72; E. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 134, si bien este último lo refiere al texto del art. 1469 quater CC que se diferencia por separar el único párrafo del art. 5º de la Directiva en dos incisos. En contra: C. Vattier Fuenzalida, para quien la Directiva establece un proceso lógico de incorporación, op. cit. pp. 1536-1537..

[38] A pesar que las leyes españolas (1984, 1998) no contienen norma expresa como la ley uruguaya la doctrina sostiene la exclusión de estos elementos, Expresa J. Pagador López que “hay que admitir, en efecto, que, en general, quien se decide a celebrar un contrato sabe, al menos, qué es lo que va a

adquirir y qué precio está dispuesto a pagar por ello y tiene en cuenta estos factores a la hora de adoptar su decisión”, op. cit. pp. 279-280; J. Alfaro Águila-Real, op. cit. pp. 139-140. En la doctrina alemana, sobre la base de lo dispuesto por el art. 8 del AGBG, J. Basedow indica que “si la determinación del precio y del tipo y calidad del bien objeto de la prestación son objeto de acuerdo individual, como sucede en la mayor parte de los casos, no surgen problemas: La ley sobre condiciones generales de los contratos no se aplica. Cuando alguno de estos aspectos son reglamentados por medio de condiciones generales, es oportuno considerar se en el mercado en cuestión el precio o la determinación de la prestación, regulados unilateralmente, son objeto de competencia”, op. cit. p. 450. La exclusión esta expresamente establecida en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE con similar referencia a la necesidad que las cláusulas “se redacten de manera clara y comprensible”. Respecto a ésta indica C. Vattier Fuenzalida que “este control no se extiende a las cláusulas esenciales sobre el objeto principal del contrato, ni a la relación precio y calidad, pues ello atentaría contra la libertad de mercado”, op. cit., p. 1538. Un texto similar a la Directiva citada lo dispone el art. 1469 ter comma 2º del Código Civil de Italia.

[39] Cfme. V. Rizzo, Comentario al art. 1469 quater, en *Comentario al capo XIVS bis del Codice Civile*, (YA CITADO) a cura di C.M. Bianca y F.D. Busnelli, Cedam, Padova, 1999, p. 792. Sobre sistemas, microsistema y normas especiales: N. Irti, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1997.

[40] Cfme. G. Ordoqui, op. cit., pp. 30-31.

[41] La ausencia de la regla de interpretación a favor del consumidor es un déficit de la ley que es posible solucionar con un texto que la contemple. Es cierto que se puede aplicar la regla *contra proferentem* del art. xxx pero, es necesario antes recorrer el camino metodológico que impone el Código Civil en los arts. 1297 a 1307. Esto tiene especiales dificultades se plantea la interrogante de si es posible indagar la intención común cuando el adherente no tuvo conocimiento de las cláusulas del contrato. Además existe doctrina que sostiene que la regla a favor del consumidor se aplica en forma inmediata en caso de duda (G. Stella Richter, “*La interpretazione dei contratti dei consumatori*”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, pp. 1027 y ss.) o que se trata de una regla diferente a la establecida en el Código Civil (M. Del C. Díaz Jiménez, “*Interpretatio contra stipulatorem y principio de interpretación más favorable al consumidor*”, *Actualidad Civil*, abril-mayo 1994, Sec. XVIII). Aún aceptándose que se debe primero indagar la literalidad de los términos y en caso de ambigüedad indagar la intención común de las partes, si aún subsiste la duda es necesario aplicar las reglas de interpretación objetiva que dispone el Código Civil. En éste ámbito la existencia de una norma que prefiera el significado favorable al adherente permite no aplicar la regla de conservación del contrato cuando esto le sea desfavorable. Esto demuestra que la existencia de una regla a favor del adherente no es una duplicación de la regla *contra proferentem* y que la misma tiene una función propia. Su incorporación a la regulación de los contratos de adhesión se revela como necesaria en un sistema. Además, si dada la ausencia de libertad contractual por falta de información del contenido del contrato se sanciona con nulidad cláusulas que causen un desequilibrio o vayan en contra de la buena fe, ¿porqué no otorgarle el significado favorable al consumidor ante un texto oscuro redactado por el que impone el contrato?. Sobre la interpretación del contrato: A. Mariño López. “*La interpretación judicial del contrato en el Derecho Uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil*” en ADCU, T. XVIII, pp. 599 y ss. y “*Notas sobre la interpretación del contrato en Italia. Estudio comparado con el Derecho uruguayo*”, en ADCU T. XIX, pp. 495 y ss.

[42] Cfme. V. Rizzo, op. cit. p. 815; A. Jarach, Comentario al art. 1469 quater comma 1, en *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Ernesto Cesáro, Vol. I., Cedam, Milán, 1996, pp. 450-451; E. Minervini, op. cit. pp. 134-135. En la doctrina italiana se plantea el mismo problema que en Uruguay pues el artículo 1469 quater no prevé sanción para la violación de la regla de transparencia. Véase la solución de la jurisprudencia alemana citada en el trabajo de V. Rizzo.

[43] Cfme. G. Ordoqui, op. cit. pp. 30-31.

[44] C. Vattier Fuenzalida, op. cit., p. 1537.

[45] Artículo 44. Cláusulas abusivas. “Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o retribución por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra parte, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”

[46] Art. 3.1. “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato”.

[47] R. Lorenzetti, “*Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Rubinzal, Santa Fe, 1994, pp. 172-173.

[48] E. Minervini, op. cit. pp. 105-107, citando en su apoyo, entre otros autores, a C. Bianca y a G. Alpa. A la misma conclusión llega S. Díaz Alabart en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 253. C. Vattier Fuenzalida considera que si bien pueden autonomizarse ambos criterios “no es fácil pensar en ejemplos de falta de equilibrio que, a su vez, no sean contrarios a la buena fe”, op. cit., p. 1539.

[49] G. Ordoqui, op. cit., p. 30. El profesor uruguayo siguiendo a ROPPO -aún cuando éste analiza una norma diferente al artículo 30 de la Ley No. 17.250- sostiene que “el criterio del desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones es una especie del género representado por el deber de actuar de buena fe, que conforma el eje central para ponderar la abusividad de las cláusulas”.

[50] Cfme. G. Ordoqui, op. cit. p. 206; C. Vattier Fuenzalida, op. cit. p. 1538.

[51] Cfme. R. Bercovitz-Rodríguez Cano, *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Civitas, Madrid, 1987, p. 198; S. Díaz Alabart, op. cit. p. 253.

[52] De acuerdo a esto, la buena fe se infiere del propio derecho positivo, en cuanto este refleja la moral imperante en una comunidad regida por un determinado orden jurídico.

[53] G. Ordoqui sostiene la aplicación del método de la contrastación para analizar la posibilidad de desequilibrio de las obligaciones contractuales, lo cual, es extensible al caso de actuación contraria a la buena fe, op. cit. p. 30

[54] J. Pagador López, op. cit. p. 276.

[55] J. Alfaro Aguila-Real, op. cit. p. 138 y ss.

[56] Conocidas por el nombre dado por la doctrina alemana: Hauptbedingungen que literalmente significa condiciones o cláusulas capitales o principales.

[57] Como se vio ut supra.

[58] J. Calais-Auloy – F. Steinmetz, op. cit. p. 170.

[59] C. Vattier Fuenzalida, op. cit. p. 1538. G. Ordoqui se ha mostrado favorable al control del contenido también sobre el objeto y específicamente con respecto a la prestación precio. Indica este autor que: “A quien dice que debe respetarse la libertad de mercado, y que no se debe interferir en los precios, le contestamos que estamos de acuerdo con este gran principio de la libertad económica, pero si esta libertad falta y es sustituida por imposición del más fuerte sobre el más débil no tiene sentido legalizar el abuso de la misma para imponer precios alocados. Esto si que lleva a la injusticia y a la inseguridad”, op. cit. p. 30

Dr. Andrés Mariño López

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay).