

Contratos con cláusulas predispuestas en el proyecto
argentino de unificación de la legislación civil
y comercial

Por RUBEN SAUL STIGLITZ

I. LOS CONTRATOS CON CLAUSULAS PREDISPUESTAS.
CONCEPTO. CONSIDERACIONES GENERALES

Entendemos por «contratos con cláusulas predispuestas», la modalidad o técnica negocial consistente en que la totalidad de su contenido es dispuesto anticipada y unilateralmente por una de las partes y a la que la otra adhiere en bloque.

Lo que se predispone, o sea, lo que se dispone anticipadamente es el contenido del contrato constituido por cláusulas o condiciones generales.

De tal manera que la adhesión lo es a las condiciones generales predispuestas. Y el contrato celebrado es contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o a condiciones generales.

El contrato lo celebra el predisponente con cada adherente individual pero en base a condiciones generales uniformes aplicables a todos y cada uno de los adherentes.

El predisponente fija de una vez un esquema común a las relaciones jurídicas singulares aplicables a operaciones sucesivas correspondientes a relaciones contractuales similares, de masa o sistemáticas. Ello elimina la instancia de la tratativas, que queda sustituida por la técnica de la predisposición de un contenido uniforme dirigido a grandes masas de consumidores y usuarios.

En la contratación predispuesta halla expresión la natural tendencia de la empresa a racionalizar sus instrumentos de acción; el mundo económico aparece determinado por un ritmo dinámico de producción en que los negocios se suceden en razón de haberse lanzado al mercado grandes masas de bienes y servicios. Aquellos criterios de racionalización traducen uno de los fenómenos que caracterizan el desenvolvimiento actual de la empresa, consistente en la uniformidad de la producción de bienes y servicios. A su vez, la homogeneidad de las relaciones de cambio racionalmente requieren la estandarización de la materia contractual.

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

La uniformidad está referida a las condiciones generales que integran el contrato, y que se formulan por anticipado para ser utilizadas en los futuros contratos que se celebran con relación a vínculos negociales análogos, y que se concluyen por separado.

Cada integrante de la comunidad consumidora o usuaria deberá adherir el esquema predispuesto. Y lo hará sin participar previamente en su elaboración. Y al sumar su voluntad negociadora a la del predisponente lo será por el contenido total sin posibilidad, en principio, de alteración alguna.

Las condiciones generales pueden tratarse de cláusulas incorporadas al contrato y agotarse en él o aludidas en el texto mediante reenvío externo. Ambas hipótesis operan en el marco del artículo 1.157, inc. 1.º, que hace referencia a las «cláusulas predispuestas» en los contratos o a las condiciones generales que se hagan referencia en ellos. Con relación a este último supuesto aflora la cuestión, vincula al consentimiento a condiciones generales que no integran el texto contractual. No se hallará en el caso comprometida la validez del contrato, si al tiempo de su conclusión, el cliente declara conocer que forman parte de un instrumento separado. Caso contrario estaríamos frente a una propuesta de contrato en base a condiciones generales desconocidas por el adherente; no podríamos situar la hipótesis en el supuesto de sumisión o adhesión, pues no se puede haber sometido a un contenido negocial desconocido.

Este es el criterio adoptado por el artículo 1.157, inc. 2.º, «in fine», que expresamente alude al recaudo de completividad del texto. Se trata de un presupuesto de eficacia de las condiciones generales en punto al conocimiento que de las mismas tenga el adherente o deba tener usando la diligencia ordinaria en la hipótesis prevista de cláusulas que, consagradas por normas supletorias contengan renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación de derechos del predisponente.

II. EL «ITER» FORMATIVO

Una de las características salientes de los contratos por adhesión a condiciones generales o contratos predispuestos, está referida a la formación del contrato, más precisamente a las etapas que se suceden hasta el momento del perfeccionamiento del negocio.

Si bien es cierto, nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes y que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predisuesto o formulario impreso de oferta tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y no va dirigido a persona determinada. Sirve a una pluralidad de personas indeterminadas y consecuentemente a una pluralidad de contratos y no para un contrato particular con una persona determinada. Recientemente se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.

Ocurre que el consumidor o usuario adhiere —en lo que interesa—, a un esquema o programa contractual que le viene predeterminado. Y lo hace a través de una manifestación de voluntad particular, de tal manera que la oferta parte del adherente, quien propone contratar en base a las condiciones generales predisuestas por el empresario quien a pesar de que la oferta lo es en base a un formulario de cuyo contenido es autor exclusivo, se reserva el derecho de aceptar. De lo expuesto surge que la etapa inicial, la del consumidor o usuario que adhiere, es instancia precontractual, pues hasta ese momento no hay contrato nacido a la vida jurídica.

En efecto, sería contrario a la realidad ignorar que el esquema predisuesto se origina en el predisponente; así, el formulario participa de la naturaleza de una invitación colectiva y permanente a proponer. Hasta entonces sólo existe un acto preparatorio emanado del predisponente.

Es a través de una manifestación particular del adherente dirigida al predisponente como se impulsa el «íter» formativo del contrato por adhesión. Lo contrario, afirmar que el predisponente es el oferente y el adherente el aceptante, importa suponer que la adhesión exteriorizada a través de la emisión de una solicitud o impreso con contenido predisuesto, traduce por su aceptación —y por ende hace perfecto el contrato—, cuando la realidad constata todo lo contrario: el predisponente, aun cuando la oferta lo sea a un esquema por él predisuesto, se reserva el derecho de aceptación en cada caso y que hasta puede faltar.

La alta frecuencia siniestral del asegurado, la insolvencia del mutuuario o del locatario, o la falta de conformidad del Banco o de la empresa inmobiliaria con las garantías ofrecidas impiden al predisponente aceptar la oferta dirigida por el adherente a pesar que lo ha sido en base a condiciones generales por él preestablecidas. Como se advierte en los tres ejemplos, la potencial acentuación del riesgo contractual se torna en factor que obsta a la aceptación.

III. CARACTERES

Las notas salientes de los contratos por adhesión están referidas a una pluralidad de elementos que le asignan un perfil muy definido:

a) La configuración interna se halla predispuesta por la obra exclusiva y excluyente del empresario (principio de unilateralidad).

b) La predisposición es prospectiva, pues sirve a los futuros y sucesivos contratos que celebre el predisponente.

c) La configuración interna es rígida en razón que el adherente, al quedar sustraído a prestar su concurso en punto a la elaboración del contrato, ve reducida su participación a decidir contratar en las condiciones preordenadas por el predisponente o en renunciar a contratar.

La excepción a este principio está dada —excepcionalmente— por las denominadas condiciones particulares, que en lo esencial apuntan a sustituir una condición general y, como en el caso, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo clásico en la formación del contrato, prevalecen sobre las condiciones generales que devienen derogadas.

d) La invitación a proponer es dirigida a una colectividad impersonal, de allí que se aluda al carácter de generalidad o universalidad de aquella, y que se traduce en la prerredacción de impresos o modelos elaborados uniformemente.

e) El carácter permanente del contenido contractual deviene de la subsistencia de un texto uniforme para las operaciones que guarden uniformidad entre sí hasta tanto el predisponente decida sustituirlo por otro, parcial o totalmente modificado.

f) Ordinariamente quien predispone es un empresario quien concentra para sí el poder de negociación. Se afirma que el primero goza de poder económico y que el adherente es el económicamente débil. En rigor no siempre es así. Se trata más de un lugar común. Aunque predominantemente es como queda expresado, no es factible que esa idea atrape todas las situaciones imaginables, pues las condiciones generales se hallan prerredactadas para la totalidad de los consumidores y los usuarios con abstracción de su condición de económicamente fuertes o económicamente débiles. En cambio, una fórmula abarcadora del conjunto de hipótesis es aquella que atribuye al predisponente el poder de negociación, o sea, la posibilidad de imponer a la otra la configuración interna del negocio, y desde la perspectiva del adherente, es aquella que le niega poder de negociación no sólo porque lo sustrae de las tratativas que conducen al texto definitivo, sino, y consecuentemente, porque esa falta de poder de negociación sólo le suministra la alternativa de aceptar en bloque el esquema programado o no contratar.

g) El adherente —de ordinario— se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita el bien que produce el predisponente o el servicio que presta, predominantemente con motivo del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho.

El adherente —consumidor o usuario— habitualmente necesita consumir bienes o usar servicios; en consecuencia y en la misma medida

se halla en la necesidad de contratar. Ese estado de necesidad, aun admitiendo que se trate de un recaudo de desigual intensidad, más enérgico en la contratación de bienes y servicios esenciales, como quiera que sea, determina que el adherente contrate sujeto a las condiciones generales predispuestas. De allí el contundente acierto de la Comisión de unificación legislativa cuando, al referirse al adherente a cláusulas predispuestas o que hagan referencia a condiciones generales, la identifique como la parte que «...estuvo precisada...» a celebrar contratos en base a esta técnica *negocial substitutiva* (art. 1.157, inc. 1.º).

Queremos señalar que el acierto consiste no en afirmar que los consumidores o usuarios están precisados a celebrar contratos con cláusulas predispuestas, sino que, cuando contratan, sólo es factible hacerlo en base a las condiciones generales predispuestas o a aquellas a las que el contrato reenvíe.

Lo hasta aquí expuesto es suficiente para formular una primera advertencia: la contratación en masa o a tipos constantes, se halla propensa a engendrar abusos. Pero el abuso es controlable preventiva o judicialmente. En cambio, el contrato predispuesto es insuprimible porque el ritmo de producción de la empresa requiere correspondencia con el perfeccionamiento de los contratos que se celebren y que se refieran a los bienes y servicios irradiados en el mercado y uniformidad normativa de los vínculos jurídicos con consumidores y usuarios. Ello determina que se prescinda de la negociación previa que, de más en más, subsiste como etapa residual de la contratación discrecional.

Una segunda advertencia está referida a la circunstancia que, al concentrar la empresa el poder de negociación, no desecha la oportunidad, propicia por cierto, de favorecer su posición contractual. La técnica a la que acude para ello, es la de introducir condiciones generales abusivas. Ello significa —ni más ni menos— que el equilibrio del negocio jurídico se halla alterado desde su conclusión misma. Pero aquí cabe una precisión: no nos referimos al desequilibrio inicial resultante de la relación prestación-contraprestación, pues ello —explícitamente contenido en condiciones particulares—, por no integrar precisamente las condiciones generales predispuestas son discutidas y acordadas *paritariamente* por las partes.

En las condiciones particulares —y a los fines que nos interesa—, las partes consignan los elementos específicos de la relación singular. Así las prestaciones principales —el núcleo o la médula—, la denominada operación jurídica con su finalidad económica y jurídica resultan de lo estipulado «específicamente» por las partes y que halla su sede en las condiciones particulares. Así en el mutuo oneroso el importe del crédito, la tasa de interés, el plazo de reembolso, etcétera, son cuestiones que por importar sólo a la relación específica de que se trata, ordinariamente se incorporan al texto mecanografiadamente, llenando los claros dejados a esos fines. Lo propio acontece en la legislación aseguradora, con atinencia a la identificación del riesgo,

a la duración del contrato, al plazo de vigencia, al importe del premio, etc.

Nos referimos a condiciones generales abusivas que regulan efectos accidentales que, por su trascendencia en la economía del contrato, inciden exclusivamente sobre la prestación a cargo del predisponente, desnaturalizándola al punto de desminuirla o cancelarla.

El punto de equilibrio queda desplazado y el contrato se transforma —vía cláusulas abusivas— en potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (predisponente) sobre la parte «débil» (adherente), fracturándose indirectamente el principio conmutativo de distribución de sacrificios.

Así, una cláusula por la que se limite la responsabilidad del predisponente cuando el incumplimiento obedezca a su culpa grave, no es una disposición que comprometa un efecto esencial o necesario para la validez y eficacia del contrato. Sin embargo, si bien es cierto que la incidencia no es directa, pues no se instala en el consentimiento, el objeto o la causa, sí lo es indirectamente, en razón que la consecuencia que deriva de la aplicación de la cláusula abusiva consiste en que el predisponente se halla «convencionalmente» exonerado de ejecutar la prestación a su cargo.

En consecuencia, el pacto exonerativo en tanto regula efectos anormales de la obligación, por sí es suficiente para configurar, desde el perfeccionamiento mismo del contrato, una situación de abuso que, por debilitar la posición contractual de una parte, y potenciar la restante, desestabiliza la relación sinalagmática.

IV. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS. CARACTERES DEFINITORIOS

La comisión especial de unificación legislativa, acertadamente optó por no definir la cláusula abusiva ni formular con esa categorización un enunciado de las mismas, tema que queda, entonces, reservado al intérprete. Claro que la circunstancia que la comisión se haya decidido por no formular una definición legislativa, no ha impedido que, por implicancia, haya introducido hipótesis abiertas, lo suficiente como para atrapar en su significación todos los supuestos imaginables de preceptos que comporten abuso. Y ello —que en última instancia traduce una elección de técnica legislativa— lo calificamos como un concluyente logro de la comisión.

Las cláusulas que —por caso— al exonerar de responsabilidad al predisponente o limitar sus consecuencias; al atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución de su cargo, contienen una ventaja en exclusivo beneficio del empresario y una desventaja en la esfera del interés del adherente, son abusivas. Las cláusulas que al invertir la carga probatoria en contra del adherente; al acentuar el número de cargas a ejer-

citar para mantener vivo el derecho; al establecer plazos estrangulantes para su observancia; al imponer caducidades al ejercicio de los derechos por la mera inexecución de las cargas, contienen un menoscabo que se instala exclusivamente en la posición contractual del consumidor o usuario, afirmando la posición dominante del predisponente, son abusivas.

A lo expuesto añadimos que toda cláusula ilícita por contrariar una prohibición expresa de la Ley será abusiva, como, por ejemplo, la cláusula limitativa de responsabilidad por incumplimiento doloso de las obligaciones (art. 507 del Cc.). Se trata de cláusulas abusivas por ser formalmente ilícitas.

A su turno, estipulaciones lícitas desde un punto de vista «formal», serán contenido de condiciones generales abusivas en cuanto comporten un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual al vulnerar otros principios, también reguladores de las relaciones negociales, tales como el orden público, la equidad, la moral, las buenas costumbres, la buena fe, el ejercicio regular de los derechos.

En una primera visión de conjunto, advertimos que puede alcanzarse una noción de condición general abusiva sin necesidad de acudir a un enunciado de ellas, siempre peligroso, no sólo por lo que se omite, sino por las consecuencias que de ello derivan en punto a su legitimación, si ello es posible, o en orden a una distinción de su eficacia según la entidad del abuso contenido en la cláusula. En reemplazo de una enumeración de cláusulas abusivas, se optó por reconocer su existencia a través de una fórmula que comienza a expresarse por el efecto previsto: «... se tendrán por no convenidas...»

Advertimos, en propósito que apunta a una síntesis caracterológica de la cláusula abusiva, que:

a) El contrato por adhesión es terreno propicio para su inclusión precisamente porque el contenido total viene predisuesto unilateralmente al punto que si el consumidor gozara del poder de negociación propio del contrato discrecional, no aceptaría condiciones generales que dejaran tan manifiestamente al descubierto la desigualdad real existente.

b) La cláusula abusiva entraña un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en ventaja exclusiva del empresario y en perjuicio de los consumidores y usuarios.

c) En tanto exponente de un estado de inestabilidad de la relación contractual, a los fines de la recomposición del equilibrio en la distribución de los derechos y obligaciones, requiere legislativamente de la consagración de una disposición legal abierta o norma recuperativa que, al elevarse a principio general, consiente su aplicación a la totalidad de las hipótesis que, de acuerdo a las circunstancias que correspondan al caso concreto, se hallen subsumidas en ella.

Y precisamente, en el alcanzado intento de la comisión especial de unificación legislativa, y sin perjuicio del enunciado genérico referido a la buena fe como directiva de interpretación impulsora de la

celebración, ejecución e interpretación de los contratos, se ha introducido en el artículo 1.157, inc. 1.º, un principio que recupera en favor de la estabilidad de la relación contractual; en servicio de la conservación de la equivalencia inicial de las prestaciones prometidas, una disposición abierta. La misma deberá ser leída así: «Es los contratos con cláusulas predisuestas por una de las partes... se tendrán por no convenidas: 1. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...»

De donde sin necesidad de enumerarlas, y a manera de avance, ya es factible a esta altura afirmar que, serán cláusulas abusivas, y, por tanto, «se tendrán por no convenidas» aquéllas que desnaturalicen las obligaciones.

V. CLAUSULA ABIERTA

La cláusula abusiva es exponente de un estado patológico del contrato, de una situación de inestabilidad de la relación contractual. A los fines de lograr una recomposición del equilibrio en la distribución del sinalagma, se requiere consagrar legislativamente una cláusula abierta que apunte a la preservación del principio conmutativo; que recupere en favor de la equivalencia de prestaciones inicialmente prometidas todas aquellas situaciones que se hallan subsumidas en ella. Son cláusulas abiertas por su intrínseca posibilidad de ser colmadas según las necesidades. Dotan al juzgador de un instrumento flexible o elástico que lo sitúan a cubierto tanto de una aplicación mecánica de la norma como de los riesgos de una utilización excesivamente libre. Se vinculan con el sentido común, con las concepciones y conductas del tráfico normal; significan cierto juicio moral de conducta, sustrayéndose a la adopción de un contenido exacto y requiriendo una individualización específica al caso en cuestión. Su característica es la ductibilidad, su poder de adaptación a través de conceptos móviles que reflejan toda la influencia de la vida social.

VI. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y ALGUNAS REFERENCIAS AL DERECHO COMPARADO

El combate contra las cláusulas abusivas se ha intentado, desde la perspectiva que en espectro exhibe el derecho comparado, por distintos medios —administrativos o judiciales— y hasta con concepciones diferentes.

Así, Italia en el artículo 1.341, apartado 2.º, del Código civil, ha optado por el enunciado de un elenco taxativo de cláusulas vejatorias, cuya eficacia se halla subordinada a la observancia de una forma solemne consistente en su específica aprobación por escrito por

el adherente. El sistema italiano ha sido criticado por su doctrina, argumentándose que la forma solemne adoptada aparece como insuficiente a los fines de desafectar del control judicial la ilicitud o el carácter abusivo de una cláusula, aun cuando ella haya sido aprobada expresamente por escrito por el adherente. De donde la concepción del Código civil italiano de 1942 consiste en la legitimación de las cláusulas vejatorias mediante la sola observancia de un requisito de forma.

Por su parte Israel sancionó en el año 1964 (5724) su «Standard contracts law», donde *la onerosidad de una cláusula se determina en consideración a si la misma es perjudicial al adherente o favorece al predisponente de modo inequitativo con probable daño al primero* (arts. 6 y 14). Se trata de una cláusula «abierta», idónea a los fines del control —administrativo o judicial— sobre su onerosidad. Queremos decir que en el marco del control preventivo y jurisdiccional se hallará una directiva suficientemente libre y despejada —y por ello abierta—, que tolera el examen de eficacia de toda condición general cuestionada en su legitimidad. Pero además, la ley israelí ha incorporado un enunciado de cláusulas restrictivas (art. 15) que, a nuestro juicio y en razón de la gravosidad de su contenido, su nulidad no requiere del recurso a ningún criterio de apreciación, sino su mera declaración.

Se advierte entonces que la cláusula abierta seleccionada por el legislador israelí es fácilmente comprensible, es breve, sintética y flexible. La referencia al perjuicio del cliente; que simultáneamente resulta favorecida la posición del predisponente o prestador; la inequidad resultante y que de ello derive daño al adherente, son elementos suficientemente orientadores, precisos y comprensivos de lo que habrá de entenderse por cláusula abusiva.

A su turno, Alemania dispone de una Ley «para la regulación del derecho de las condiciones generales» (AGB-Gesetz) desde el 1.º de abril de 1977. La Ley contiene una cláusula abierta en su párrafo 9, *en cuanto declara la ineficacia de las estipulaciones contenidas en condiciones generales cuando perjudican al adherente indebidamente, en oposición al principio de buena fe. Dicho perjuicio se presume cuando una cláusula: 1. No es compatible con ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la que se aparta. 2. Limita de tal manera derechos o deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la obtención de la finalidad del mismo.*

Como se advierte, el párrafo 9 contiene una cláusula general o abierta cuyo soporte es el principio de buena fe y el marco en el que opera es el perjuicio indebido al adherente. Como criterio impulsor de un encauzamiento interpretativo, la presunción legal de perjuicio, se traduce en la confrontación entre condiciones generales y las ideas esencialmente fundamentales del ordenamiento legal. Si hay apartamiento, la cláusula es ineficaz.

Pero además, la Ley alemana contiene un enunciado de cláusulas cuya ineficacia se halla subordinada a apreciación judicial (parág. 10) en razón de tratarse de supuestos que, por considerarse «sospechosos», consienten una valoración discrecional. Y por un elenco contenido en 16 incs. de cláusulas absolutamente ineficaces. O sea que, la declaración de condiciones generales abusivas que no caen dentro del casuismo a que se hallan sometidas por la distinta regulación que exhiben los parágrafos 10 y 11, son capturadas por una cláusula abierta (parág. 9) cuando las cláusulas cuestionadas contraríen el principio de buena fe al perjudicar indebidamente al adherente, debiendo presumirse esta hipótesis cuando la cláusula impugnada se halle en contraste con la idea o principio que inspire la norma que el predisponente intente derogar o cuando se halle comprometido el móvil mismo del contrato.

En Francia el tema ha sido motivo de regulación en el capítulo IV de la Ley 78-23, del 10 de enero de 1978, y que lleva por título «De la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas».

Por el artículo 75 de la citada Ley, se admite la posibilidad que, por decreto del Consejo de Estado, se prohíba, limite o reglamente una serie de cláusulas que denuncia puntualmente, «... *cuando tales cláusulas aprezcan impuestas a los consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte y confieran a esta última una ventaja excesiva*. Tales cláusulas abusivas, estipuladas en contradicción con las disposiciones que preceden, son reputadas, no escritas...».

Se suma, Francia entonces, a las legislaciones que, sin perjuicio de enunciar un catálogo de cláusulas onerosas, introduce una directiva común que, partiendo de uno de los elementos caracterizantes del contrato predispuerto —el poder económico del predisponente—, hace reposar todo el peso del abuso en la estipulación, cuando de ella redunde una ventaja excesiva en favor del empresario. Ello permite un amplio margen de apreciación en favor de quienes deben aplicarla.

En España, el 19 de julio de 1984 se sancionó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por el artículo 10, apartado 1.º, inc. c), se establece como requisito de las condiciones generales el que *deben observar la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones*.

Siguiendo ese precepto se estatuye que quedan excluidas como cláusulas que atienden a los expresados requisitos, *las cláusulas abusivas*. Y sobre éstas se añade que *se entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios* (art. 10, apart. 1.º, inc. 3.º). Y en el mismo artículo y fuera del contexto de la cláusula general, se introducen a través de doce incisos, sendas hipótesis de cláusulas abusivas que otro texto legal las declara nulas de pleno derecho, y que, por ellö, «se tendrán por no puestas» (art. 10, apart. 4.º)

VII. LAS CLAUSULAS QUE DESNATURALIZAN LAS OBLIGACIONES. UNA PRIMERA APROXIMACION CONCEPTUAL

A esta altura intentaremos aproximar algunas consideraciones que permitan ir acentuando el perfil conceptual de la expresión «cláusulas que desnaturalicen las obligaciones», como cláusula abierta que integra el artículo 1.157 del Código civil según la redacción que contiene el proyecto de unificación legislativa.

En la contratación predispuesta nos hallamos frente a una cláusula que desnaturaliza el vínculo obligacional cuando:

a) Por aplicación de la cláusula queda limitada o extinguida la obligación a cargo del predisponente, alterándose el equilibrio del negocio tenido en cuenta al tiempo de la celebración.

b) La aplicación de la cláusula favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente al punto que infringe los principios de la justicia conmutativa al fracturar el equilibrio económico comprometiendo el precepto de la mayor reciprocidad de intereses.

c) De la aplicación de una cláusula resulte el apartamiento de las ideas y principios esenciales que el ordenamiento legal y las partes han programado comprometiendo la obtención de la finalidad misma del contrato celebrado.

Es la riqueza conceptual alcanzada por la fórmula «abierta» lograda por la comisión a través de una directiva breve, clara y flexible, la que permite —apartándose del precedente italiano, israelí, alemán, francés y español— omitir la exposición de un catálogo de cláusulas abusivas e inaugurar así, un infecundo debate en torno a si el enunciado es taxativo o consiente interpretaciones extensivas, o si los supuestos contemplados aparejan una ineficacia de pleno derecho o si su declaración requiere de una apreciación judicial previa.

El generoso caudal conceptual alcanzado por «la cláusula abierta» prevista por el artículo 1.157, inc. 1.º, del Código civil, es de tal entidad que permite acoger en su ámbito el elenco de cláusulas abusivas con la que ordinariamente se opera en el mercado contractual, sino también con aquellas que no resultan familiares al tráfico actual —incorporadas a otras legislaciones—, pero que importan una desnaturalización de la esencia misma del vínculo contractual y que pueden ser introducidas en el futuro, vía predisposición.

Así, no puede caber duda que se trata de cláusulas que desnaturalizan la relación obligacional y, por ende, son abusivas, aquellas en las que se estipula:

a) La limitación de responsabilidad por culpa grave del predisponente [art. 1.341, Cc. italiano; art. 15, inc. a), Ley israelí; parág. 11, apart. 7.º, AGBG; art. 10, apart. 6.º, Ley 26/84 de España].

b) La que confiere el predisponente o prestador la facultad de rescindir el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho contractual del cliente, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al cliente o a otros hechos no dependientes del predisponente [art. 15, inc. b), Ley israelí; parág. 10, apart. 3.º, AGBG; art. 10, apart. 2.º, Ley 26/84 de España]. c) Condiciona al consentimiento del predisponente o prestador el ejercicio de algún derecho contractual del cliente [art. 15, inc. c), Ley israelí]. d) Impone al cliente renunciar anticipadamente a cualquier derecho que pueda fundar en el contrato en ausencia de dicha cláusula [art. 15, inc. e), Ley israelí; parág. 11, apart. 8.º, incs. a) y b), AGBG; art. 2, decreto 78-464 del 24 de marzo de 1978, de Francia; art. 10, apart. 10, Ley 26/84 de España]. e) La inversión de la carga probatoria [art. 15, inc. g), Ley israelí; parág. 11, apart. 15.º, AGBG; art. 10, apart. 8.º, Ley 26/84 de España]. f) Límites a la facultad de oponer excepciones [art. 1.341, Cc. italiano, y art. 15, inc. h), Ley israelí]. g) Que las formas de las denuncias y declaraciones a emitir contra el predisponente se hallen subordinadas a la observancia de formas más rigurosas que la escrita o a particulares requisitos de recepción (parág. 11, apart. 16.º, AGBG). h) En favor del predisponente para el rechazo o la aceptación de una propuesta o la ejecución de una prestación, plazos desproporcionados o bien insuficientemente determinados (parág. 10, apart. 1.º, AGBG). i) En favor del predisponente para la prestación que debe ejecutar un plazo de mora desproporcionado o bien insuficientemente indeterminado (parág. 10, apart. 2.º, AGBG). j) En favor del predisponente el derecho de modificar unilateralmente las características del bien a entregar o del servicio a prestar, salvo que las modificaciones se hallen ligadas a la evolución técnica, a condición que de ello no resulte un aumento de precio, ni alteración de calidad (art. 3, decreto 78-464 del 24 de marzo de 1978, de Francia).

VIII. LAS CLAUSULAS QUE IMPORTEN RENUNCIA O RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS DEL ADHERENTE O AMPLIACION DE LOS DERECHOS DEL PREDISPONENTE QUE RESULTEN DE NORMAS SUPLETORIAS

La cuestión, de conformidad al artículo 1.157 en la redacción propuesta deberá leerse así: «... se tendrán por no convenidas...: 2. Las cláusulas que importen restricción o renuncia a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente...».

Cabe formular algunas advertencias previas: En primer lugar, afirmamos que la renuncia o restricción a los derechos está referida de conformidad al artículo 1.157, párrafo 1.º, a «... la otra parte...», la que

no predispuso las cláusulas, o sea, el adherente, el consumidor o usuario.

En segundo lugar señalamos que el inciso hace referencia a la renuncia o ampliación de derechos, referidos al adherente y al predisponente, respectivamente, y en ambos casos cuando ellos resulten consagrados por normas supletorias.

En tercer lugar *apuntamos* que, tal como se haya previsto para las hipótesis contempladas en el artículo 1.157, inc. 1.º, el efecto de la incorporación de cláusulas abusivas que tenga por objeto la renuncia o restricción de derechos impuesta al adherente, o la ampliación de los mismos en favor del predisponente, consiste en que «se tendrán por no convenidas».

Y como cuarta y *última observación*, indicamos que exclusivamente referida al artículo 1.157, inc. 2.º, se contempla una excepción al efecto previsto y que se limita a las cláusulas que importen renuncia a los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente que, conforme a las circunstancias hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido serlo, antes de concluirse el contrato, y hayan sido aprobadas, expresa y especialmente por escrito.

Como se advierte, al igual que el inciso anterior, es de gran opulencia por lo que sólo habremos de detenernos en unas pocas cuestiones sugerentes.

Acabamos de poner de relieve la circunstancia que se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación de derechos del predisponente cuando ellos resulten de normas supletorias. Valen entonces algunas precisiones:

a) Fuera de los límites de este inciso se hallan las reglas contractuales que configuran el contenido esencial del contrato. Nos referimos al contenido imprescindible para que el contrato cumpla la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual elegido. Pues bien, los derechos emergentes del contenido esencial no son factibles de ser renunciados por el adherente o ampliado en favor del predisponente.

b) Tampoco —en principio— podrán ser objeto de renuncia por el adherente, ni ampliarse en favor del predisponente, los derechos consagrados por normas supletorias. Se trata de las reglas contractuales impuestas por el ordenamiento jurídico para suplir el silencio guardado por las partes que integran la relación jurídica. Pero esta afirmación, a su vez, requiere de mayores desarrollos. En efecto, habrá que añadir algunos elementos que caracterizan a la norma dispositiva:

1. En primer lugar, señalamos que la norma es dispositiva cuando, contemplada desde el punto de vista de su relación con la disciplina contractual, el ordenamiento jurídico no impide que las partes autorregulen el supuesto a través de un precepto que se antepone a ella.

2. El ordenamiento legal reconoce jerarquías entre las fuentes de la reglamentación contractual. La prelación la encabeza la norma imperativa. Le sucede el precepto privado y a él la norma dispositiva. Como se advierte, el precepto privado es preferido a la norma dispositiva. O dicho de otro modo, cuando las partes han regulado, a través de un precepto expreso un supuesto previsto por una norma dispositiva, ésta queda pospuesta en su aplicación. Lo que queremos significar es que el derecho dispositivo, por principio, se aplica salvo que las partes lo hayan hecho a través de un precepto expreso. Ello implica que las normas supletorias no son normas derogables o normas que carezcan de eficacia obligatoria. Ocurre que lo convenido por las partes es preferido a la norma dispositiva que permanece inderogada y con su eficacia indemne. La norma dispositiva, como norma jurídica, programa una conducta como la más adecuada y adaptable a la función económico-social de la relación jurídica, pero el ordenamiento legal admite que la voluntad de las partes no sólo lo programe de otra manera, sino, además, consiente la anteposición de lo convenido por las partes. Todo lo contrario ocurre con el derecho imperativo, que al portar una jerarquía preferente a toda otra, regula el vínculo jurídico al punto que excluye la virtualidad de cualquier acuerdo de partes al que le sirve de límite.

3. La cuestión, aparentemente simple en su formulación deja de serlo cuando frente a un precepto jurídico, debemos discernir si su contenido es imperativo o dispositivo. Ante la imposibilidad de dilucidar el tema a través de un principio general, y tratándose de un problema de interpretación habrá de acudir para ello a todo el arsenal normativo disponible, a saber:

3.1. Desde un punto de vista gramatical, la norma que admite el pacto en contrario u otra fórmula equivalente, es dispositiva. La que no admite pacto en contrario, o la que le atribuye como consecuencia la nulidad, la invalidez, la ineficacia o expresión equivalente que persiga, en propósito que atienda a la higiene interior del contrato, a privarle de efectos jurídicos, es norma imperativa.

3.2 Desde un punto de vista funcional, son normas imperativas las que regulan la estructura de la relación contractual, o sea, los requisitos atributivos de la eficacia del negocio y que, por ello, no pueden ser objeto de estipulación por las partes. Así son normas imperativas las que regulan todo lo relativo a la capacidad y legitimación para contratar; las referidas a la operación jurídica, al objeto, a su licitud, a su posibilidad; son imperativas las normas reguladoras del motivo determinante del contrato, la causa del negocio.

Se elevan al rango de imperativas las normas que consagran solemnidades constitutivas del contrato y las que regulan los vicios de la voluntad contractual.

3.3. Las partes imperativamente se hallan vinculadas a las normas reguladoras del contenido esencial del contrato, entendiéndolo

como los efectos inherentes al tipo contractual elegido, de suerte tal que, si se apartaran de ellos no nacería a la vida jurídica. En cambio, las partes podrán estipular en torno al contenido no esencial, o sea, a los efectos naturales que son los consagrados por las normas supletorias.

3.4. Las partes se hallan imperativamente vinculadas a las normas reguladoras de las vicisitudes extintivas del negocio; a las consecuencias derivadas de la inobservancia de cargas; a los efectos derivados de la inejecución de las obligaciones; al régimen de la responsabilidad civil y a los efectos con relación a terceros.

3.5 Finalmente no habrá de desatenderse —agotadas como reglas de interpretación las directivas precedentes— a la presunción de derecho dispositivo que deriva de la autonomía de la voluntad, claro está que con las limitaciones derivadas de la ley, el orden público, las buenas costumbres, la regla moral, el abuso del derecho.

c) Habiendo intentado suministrar rasgos de la norma dispositiva, cabe ahora señalar que la colisión entre un precepto privado y una norma dispositiva se resuelve en favor de la primera, quedando excluida —no derogada—, la aplicación de la norma dispositiva a la hipótesis específica. La norma dispositiva readquiere su función supletoria si las partes silenciaron el supuesto regulado en la relación contractual.

Pues bien, la comisión de unificación legislativa, decididamente afiliada a una política de protección jurídica del público consumidor y usuario conmueve, sacude en actitud socialmente comprometida en favor de la paz social, el sistema de prelación, de jerarquía de las fuentes contractuales, aceptado hasta hoy como un dogma insorteable, reforzando a punto tal el derecho supletorio que lo hace prevalecer por sobre el precepto privado, por sobre la autonomía de la voluntad.

De suerte tal que ahora, al derecho imperativo le sucede el derecho supletorio que, normativamente, prevalece sobre la voluntad de las partes. Y esta última queda relegada a la autorregulación de los efectos accidentales de los contratos y que se caracterizan por no ser parte del «tipo» negocial; se añaden al contrato por la voluntad de las partes; no se hallan previstos por el legislador —como en el caso de las normas imperativas y supletorias—, y ordinariamente se trata de modalidades impuestas por las partes al negocio o cláusulas especiales.

El contundente acierto de la comisión de unificación legislativa reconoce su fuente en una de las conclusiones arribadas en La Plata, en ocasión de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y que se expresó así: «Las condiciones generales no derogan los efectos normales o naturales típicos, consagrados por normas dispositivas».

El fundamento que corresponde asignar a la nueva jerarquía de normas contractuales que se ha consagrado consiste en bloquear la

posibilidad que, a través de cláusulas predispuestas, se fortalezca inequitativamente la posición contractual del empresario sacrificando el polo débil del vínculo negocial.

La garantía por evicción (art. 2.089, Código civil) y por vicios redhibitorios (art. 2.163, Código civil) debida por el predisponente se fundan en normas supletorias desde que una y otra pueden ser convencionalmente disminuidas o suprimidas (arts. 2.098 y 2.166, Código civil, respectivamente).

De haberse continuado el orden tradicional de prelación de las normas contractuales, las cláusulas restrictivas o cancelatorias de la garantía por saneamiento y vicios redhibitorios portaban grado preferente por sobre las normas supletorias que consagran la efectividad del derecho. Ahora ocurre lo contrario, el reconocimiento aun por norma supletoria, prevalece por sobre el pacto de no garantía. De tal suerte que la garantía surgente de los artículos 2.089 y 2.163 del Código civil no es factible de ser pospuesta por la voluntad de los particulares en el marco de la contratación predispuesta.

Otro ejemplo lo constituye la improrrogabilidad de la competencia territorial, consagrada por una norma supletoria por excelencia desde que es factible, por conformidad de partes, pactar la sumisión a un juez o tribunal distinto del previsto por el legislador (art. 1., Código procesal).

Se trata simultáneamente de una renuncia al derecho del adherente y una aplicación del derecho del predisponente desde que la cláusula de «foro prorrogando» permite concentrar los eventuales conflictos judiciales en el fuero correspondiente a la sede del domicilio del último, fracturándose así el equilibrio procesal de las partes y desembocando, en ocasiones, en una situación de efectiva indefensión del adherente. Pues bien, a partir de la vigencia del artículo 1.157, inc. 2.º, del Código civil, la norma que por principio establece la improrrogabilidad de la competencia territorial, no podrá ser factible de pacto en contrario.

IX. UN SUPUESTO DE SUBSISTENCIA DE CLAUSULAS QUE IMPORTEN RENUNCIA O RESTRICCION A LOS DERECHOS DEL ADHERENTE O AMPLIACION DE LOS DERECHOS DEL PREDISPONENTE QUE RESULTEN DE NORMAS SUPLETORIAS

La aplicación referente a las normas supletorias, sufre una excepción: «... que conforme a las circunstancias hayan conocido o usando la debida diligencia hayan debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las hayan aprobado expresa y especialmente por escrito...».

Se deben reunir, de acuerdo al texto legal, varios requisitos para que la renuncia o restricción de derechos del adherente o ampliación

de derechos del predisponente subsistan como contenido de cláusulas predispuestas: a) Que las condiciones generales objeto de la misma hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido ser conocidas por el adherente antes de concluir el contrato. b) Que las haya aprobado. c) Que la aprobación se haya declarado a través de una forma expresa y escrita.

El texto se ha servido del modelo impuesto por el artículo 1.341 del Código civil italiano. Y en base al mismo es factible extraer algunas conclusiones:

a) Carecen de efecto vinculante las condiciones generales conocidas por el adherente con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato.

b) La carga probatoria sobre el conocimiento de las cláusulas recae sobre quien pretenda hacerlas valer como fundamento de su pretensión.

c) Al conocimiento de las cláusulas, el proyecto le añade el principio de autorresponsabilidad en tanto declara la eficacia de las condiciones generales que habrían debido ser conocidas usando de la diligencia ordinaria. Lo afirmado, de todas formas, se ve amortiguado por la circunstancia que, si bien es cierto se requiere del adherente la observancia de un deber propio de diligencia, consiste en informarse del contenido de la futura relación negocial por desarrollar, correlativamente existe un deber de comunicación por el predisponente acerca de la configuración interna del contrato por él redactado.

d) El adherente deberá aprobar las cláusulas aludidas en el artículo 1.157, inc. 2.º, a través de una declaración expresa y escrita. Se ha acudido a un mecanismo indirecto e inequívoco de conocimiento por el adherente. Y desde la perspectiva del predisponente se logra aislar la posibilidad de la introducción subrepticia de la cláusula en el contrato, lográndose así una protección particularmente intensa del adherente en cuanto al conocimiento y valuación de la cláusula dispuesta.

e) En razón que el propósito perseguido al adoptarse una forma solemne para la eficacia de la cláusula, consiste en advertir al adherente sobre la onerosidad de la cláusula que importa renuncia o restricción de sus derechos o que *amplía los del predisponente*, es insuficiente la aprobación escrita de la totalidad de las condiciones generales que integran el contrato, pues en ese caso carecería de virtualidad la expresión «especialmente».

La exigencia legal se aplica a una declaración específica, individual y precisa de cada una de las condiciones generales referidas en el inciso.

X. LA CLARIDAD Y LEGIBILIDAD DE LAS CLAUSULAS PREDISPUESITAS

Las cláusulas predispuestas deberán ser claras y fácilmente legibles:

a) Ante todo afirmamos que la claridad está referida a la inteligibilidad, a la facilidad de la comprensión, en este caso, del lenguaje escri-

to, a la limpieza de la expresión. La cláusula oscura se tendrá por no convenida. Se trata de una aplicación del principio que impone la obligación de «clare loqui», de hablar claro. Lo que es incomprendible, inentendible e ininteligible no es factible de ser interpretado, de allí que estimemos como genuino acierto que el recaudo de la claridad no haya sido incorporado como directiva de interpretación, pues una condición general cuyo contenido no es factible de ser racionalmente comprendido queda sustraído a toda regla de interpretación, pues ésta como actividad que tiende a indagar el significado o alcance de una declaración, se torna inaplicable cuando la declaración que se intenta interpretar carece de significado.

Distinta es la hipótesis de la cláusula predispuesta, cuyo contenido es ambiguo, incierto, en cuanto consiente dos o más interpretaciones, pero literalmente clara. En este caso es de aplicación, ya como directiva específica de interpretación, el artículo 1.197, inc. 3.º, letra c), la que la vuelve contra el predisponente redactor.

La claridad del texto contractual, como exigencia normativa, tiene antecedentes en nuestro país. Ejemplo de ello son el artículo 14 de la Ley 19.724 de prehorizontalidad, donde refiriéndose a los contratos celebrados entre propietario y adquirente se sostiene que serán redactados en forma clara y fácilmente legible, y el artículo 11 de la Ley 17.418 de seguros, donde se establece que el asegurador entregará al tomador un instrumento debidamente firmado, que sea fácil y claramente legible.

Desde una visión comparatística recordamos que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 vigente en España, establece en su artículo 10 que las cláusulas, condiciones o estipulaciones generales «... deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...».

A su turno la Ley de Defensa del Consumidor vigente en Portugal, 29/1981, establece en su artículo 7, que «el consumidor tiene derecho a la igualdad y a la lealtad en la conclusión de contratos, que se manifiestan específicamente:... b) en la redacción de manera clara y precisa y en términos fácilmente legibles, bajo pena de que sean tenidas por no escritas las cláusulas de los contratos que tienen por objeto el aprovisionamiento de bienes y servicios».

Como se advierte, se trata de requisitos formales y esenciales, porque al apuntar a la comprensión directa del contenido contractual, indirectamente aluden al conocimiento efectivo de la configuración interna, al punto tal que la cláusula oscura se tendrá por no convenida con fundamento en que no existe sometimiento a un contenido contractual que se ignora.

b) Entendida la legibilidad como posibilidad real y efectiva de poder leer fácilmente lo escrito, ha sido incorporada en el artículo 1.157, inc. 2.º, como requisito formal y esencial de las cláusulas

predisuestas. El fundamento ya no está dado ahora directamente en la posibilidad de conocer el texto contractual, sino en evitar que la ilegibilidad de los caracteres impresos desalienten el examen o análisis previo del contenido negocial, e indirectamente, con ello, la toma de conciencia del texto contractual.

De ahora en más, deberán suprimirse los caracteres «finos», la lectura dificultosa, los defectos de apariencia, y reemplazarlos por un impreso visible, ostensible, manifiesto, evidente. Obsérvese que el Código de seguros vigente en Francia desde 1976 cuenta con dos disposiciones atinentes a la cuestión. Una de ellas, el artículo 112-3.º, dispone que el contrato de seguro deberá ser redactado en caracteres aparentes. Y a su turno el artículo 112-4.º al enunciar las indicaciones que debe incluir la póliza, establece en su parte final, que las cláusulas que dispongan nulidades o caducidades no son válidas si ellas no son mencionadas en caracteres muy aparentes. Y todo ello, sin consideración al contenido de la cláusula. Todas, sin excepción, deberán ser fácilmente legibles. La solución que suministra la comisión es la que satisface en plenitud el principio de la buena fe, el punto que, el efecto jurídico que sigue a la aplicación de una cláusula predisuesta ilegible, será tenerla por no convenida.

XI. LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Hemos puesto de relieve que la proyectada regulación de las estipulaciones predisuestas sujetas a invalidez, se halla basada en la estructuración de cláusulas abiertas, que cubren un amplio espacio de los pactos usuales en la práctica negocial.

Sin embargo, la comisión de unificación legislativa abordó con particular atención, a nuestro juicio muy criteriosamente, el problema de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

Sucede que el pacto tendente a liberar al deudor de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento imputable y dañoso de la obligación asumida, comporta, en verdad, nada menos que la renuncia anticipada del acreedor, al derecho de ejercer la acción indemnizatoria. Con lo que queda desatendido el principio conmutativo del reparto de los intereses en conflicto, amparado por uno de los pilares fundamentales del derecho privado, cual es el esquema de la ejecución forzada, previsto entre nosotros por el artículo 505 del Código civil.

En rigor, el tratamiento de las cláusulas limitativas de responsabilidad ha preocupado desde siempre a los distintos sectores exponentes de la ciencia jurídica.

Incluso así ha sido en el marco del contrato discrecional, producto de la libre configuración interna del contenido negocial.

La cuestión no ofrece dudas en orden al pacto de dispensa del dolo, vedado en nuestro ordenamiento por el artículo 507 del Código

civil, que adopta un criterio universal, tendente a neutralizar la validez de estipulaciones que implican asumir obligaciones bajo condición potestativa.

Pero también en torno a las cláusulas limitativas de responsabilidad por incumplimiento culposo —todavía dentro de la órbita del contrato discrecional— han surgido posturas encaminadas a condicionar su validez.

En la doctrina nacional, si bien un sector se pronunció indiscriminadamente por la eficacia de la dispensa de la culpa, paulatinamente vienen sugiriéndose una serie de restricciones.

Apuntan, por un lado, a los supuestos en que las convenciones exonerativas de responsabilidad en razón de la culpa, afectan al orden público, la moral y las buenas costumbres, o los principios de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

En segundo término, específicamente, los autores que postulan la admisibilidad de rescatar en nuestro derecho la idea de la graduación de culpas cuando se trata de una apreciación en concreto, auspician la invalidez de la dispensa anticipada de la culpa grave, porque atenta contra la esencia misma del vínculo obligatorio.

XII. INVALIDEZ DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACION PREDISPUESTA

Ahora bien, incuestionablemente la perspectiva debe ser más severa en cuanto a la eficacia del pacto, desde que ingresamos al análisis del cuadrante de la contratación predispuستا.

Nos hemos enrolado antes de ahora en la tesis de elevar a regla general la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando el deudor viene dispensado de reparar por incumplimiento en la órbita de los contratos por adhesión, cuya configuración interna no viene concebida en un pie de igualdad con el acreedor adherente.

Por lo demás, es solución adoptada por los distintos sistemas del derecho comparado que regulan específicamente las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

Así el artículo 1.341, apartado 2.º, del Código civil italiano, establece que carecen de efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, en favor de quien las ha predispuosto, limitaciones de responsabilidad.

También la disciplina del AGBG de Alemania Federal, enuncia entre las cláusulas prohibidas sin posibilidad de apreciación judicial, aquellas que excluyen o limitan la responsabilidad por daños fundados en una violación del contrato por culpa grave del predisponente, o por dolo o culpa grave de sus representantes legales o auxiliares, haciéndose extensiva la prohibición a los daños derivados de la viola-

ción de obligaciones relativas a las tratativas contractuales (parág. 11, inc. 7).

Lo propio acontece en Francia. Por Ley 78-23 del 10 de enero de 1978, se estatuye que pueden ser prohibidos, limitados o reglamentados por decretos del Consejo de Estado, los pactos relativos a extensión de responsabilidades y garantías impuestos a los consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte, y que confieran a ésta una ventaja excesiva (art. 35). Y el decreto 78-464, del 23 de marzo de 1978, reglamentario de dicha Ley en orden a la protección e información de los consumidores de productos y servicios, señala que los contratos de venta concluidos entre empresarios y consumidores, está prohibida como abusiva la cláusula que tenga por objeto reducir el derecho a reparación del consumidor, en caso de incumplimiento por el empresario, de cualquiera de sus obligaciones (art. 2).

Finalmente, la Ley española 26, de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, en materia de protección de los intereses económicos y sociales (cap. III), afirma que una cláusula prescinde la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, cuando establece limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario [art. 10, inc. 1.º c)].

XIII. LA PERSPECTIVA DEL PROYECTO DE UNIFICACION LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL

Lo hasta aquí expuesto tiene el propósito de poner en evidencia la preocupación subrayada del Derecho moderno, que viene desviando con suma nitidez la atención hacia el tema que nos convoca.

Subyace inocultablemente la convicción de que pocas condiciones generales, como aquellas por la cual se estipula la limitación de responsabilidad del predisponente, apuntan a reafirmar tan abusivamente el poder contractual del polo dominante de la relación, que a través de las fórmulas de la contratación predispuesta puede incluir unilateralmente tales cláusulas.

El proyecto de unificación legislativa civil y comercial se hace eco de esta trascendente evolución de la ciencia jurídica, al regular específicamente la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta, en el artículo 1.157, inc. 1.º, del Código civil.

La solución se incorpora a partir de un criterio novedoso, que echa raíces en la diferenciación entre las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, y las que la limitan por daños materiales.

En el primer supuesto (dispensa por daños corporales), la invalidez del pacto es incondicional. Recibe la misma solución normativa diseñada respecto a las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (ver *supra*, parág. 7.º).

La segunda hipótesis (dispensa por daños materiales), también queda sujeta a nulidad, pero siempre y cuando la limitación de responsabilidad no venga compensada mediante una adecuada equivalencia económica en favor del adherente.

Por lo demás, la distinción apuntada cobra relevancia sólo en orden a la dispensa de la culpa leve, desde que la exoneración de la culpa grave —reiteramos nuestra opinión—, en todos los casos, queda vedada en cuanto implía una típica hipótesis de pacto que provoca la desnaturalización de la obligación, y, por ende, sujeto siempre a invalidez (ver supra, parág. 7.º).

XIV. LA DISTINCION ENTRE DAÑOS CORPORALES Y DAÑOS MATERIALES

La idea de diferenciar las consecuencias jurídicas de las cláusulas limitativas de responsabilidad, según tengan por objeto daños corporales o daños a los bienes del consumidor, ha sido diseñada por Mazeaud-Tunc.

Al abordar la temática de los daños a las personas, los citados tratadistas sostienen la invalidez de la cláusula de irresponsabilidad, aún por culpa leve, cuando atente contra el cuerpo, o en general los derechos personalísimos, como el honor, o afecte la moral. Argumentan que el orden público se opone a legitimar todo consentimiento de la futura víctima contra derechos inviolables, como sería el reclamo de la reparación derivada de los aludidos atentados.

Concluyen que en cambio es válido el pacto cuando apunta a liberar al deudor de las consecuencias patrimoniales de los daños verificados directamente en los bienes del acreedor, pues no se halla interesado el orden público.

Se trata al cabo de una separación o deslinde, que en última instancia recoge la clasificación sugerida por el vigente artículo 1.068 del Código civil, respecto a los daños patrimoniales, en directos e indirectos. Los daños directos afectan inmediatamente las cosas de que se tiene dominio o posesión. Los daños indirectos recaen sobre el patrimonio sólo como una consecuencia mediata, como reflejo de perjuicios causados, v. gr., a la persona misma.

Y a nuestro juicio es acertada la utilización del distingo —como lo ha hecho la comisión de unificación legislativa— en materia de cláusulas limitativas de responsabilidad, para acentuar el rigor del control sobre las relativas a daños corporales, porque venimos participando, desde antes de ahora, del criterio que ampliamente auspicia la invalidez de la dispensa de la culpa, aun la leve, cuando el contenido del pacto (v. gr., como en el caso en examen, al disponer de derechos inviolables), afecte al orden público, la regla moral y a las buenas costumbres.

Cabe por fin destacar que la separación de los regímenes aplicables a los daños corporales y materiales, ha sido adoptada también como solución en otras materias. Así, en diversos sistemas de tarificación de la reparación, v. gr., la directiva de la Comunidad Económica Europea sobre responsabilidad por daños de productos defectuosos, que fija diferentes topes indemnizatorios según los perjuicios recaigan sobre la persona misma o sus bienes, y el artículo 160 del Código Aeronáutico argentino (Decreto ley 17.285/67, que siguiendo los lineamientos de la convención de Roma de 1952 sobre responsabilidad por daños causados por aeronaves a terceros en la superficie, a los fines de distribuir el resarcimiento —globalmente tarifado— entre todas las víctimas de un mismo accidente, establece una preferencia en favor de quienes han sufrido perjuicios corporales, cuando concurren con damnificados afectados en sus bienes.

XV. REGIMEN DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CORPORALES

Creemos que es valioso proyectar el mencionado distingo, hacia otras esferas del derecho de daños, como propicia la comisión especial de unificación legislativa en relación a las cláusulas de irresponsabilidad.

Porque la idea se encarrila en una línea de política jurídica, que viene fundada en el imperativo de privilegiar el amparo de los derechos a la vida e integridad física, incuestionablemente apoyados en la más alta escala de la jerarquía de las garantías constitucionales.

Se trata de un rumbo al que no puede sustraerse el sistema iusprivatista que persigue la sanción y la reparación de los atentados al cuerpo humano, que queda integrado por el régimen de invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad por daños a la persona.

Dentro del marco de la reseñada concepción, el proyecto de unificación legislativa civil y comercial auspicia la consagración de un régimen de invalidez incondicional, respecto a las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales. Esto es, solución análoga a la que se plantea en relación a las condiciones generales de los contratos por adhesión, que desnaturalicen las obligaciones.

XVI. REGIMEN DE LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LOS BIENES

Cuando la dispensa de la culpa contempla los daños materiales (a los bienes), la regla propuesta sigue siendo la invalidez de la cláusula. Sólo que ese efecto está condicionado a la circunstancia que la limitación de responsabilidad, no haya quedado compensada, al

modelarse la configuración interna del contrato, a través de una adecuada equivalencia económica en favor del adherente.

En otras palabras, la validez de la cláusula de exoneración por daños a los bienes, es de carácter excepcional. Supone la existencia de una contrapartida económica, que justifica la renuncia efectuada por el acreedor al derecho de ejercer las acciones indemnizatorias correspondientes en caso de incumplimiento.

La idea había sido propiciada por nuestra Jurisprudencia, v. gr., al examinar las cláusulas de no responsabilidad predispuesta por la empresa del Estado «Ferrocarriles Argentinos», relativas a los daños que por incendio pudiera sufrir la mercadería depositada. Las mismas fueron consideradas válidas, en razón del sensible abaratamiento de la contraprestación percibida del usuario.

La adecuada equivalencia económica, entonces, debe ser acreditada por el predisponente, para pretender la validez del pacto. Claro que la órbita del contrato por adhesión, el empresario no podrá alegar una hipotética «mayor contraprestación» a su cargo, ni un «abaratamiento de la prestación del usuario», que surgiere de las propias condiciones generales. Porque la típica uniformidad de las mismas, implica que revisten un diseño análogo para todos los clientes, y entonces mal puede pensarse que de ellas surja una situación especial para algún consumidor.

En realidad, la adecuada equivalencia económica, que compense la limitación de responsabilidad, sólo podrá fundarse en el caso concreto, demostrando una situación especial en orden al valor de las recíprocas prestaciones. Esto es, en la existencia de condiciones particulares del contrato (precio, etc.), pactadas con relación a algún acreedor, en términos más favorables que respecto a la generalidad de la clientela. O bien, acreditando el empresario, que globalmente ofrece al conjunto de sus clientes, condiciones más favorables que otros competidores en el ejercicio de la actividad del ramo respectivo, en cuanto al valor de las prestaciones recíprocas (v. gr., si se percibe un precio menor por similar bien o servicio, etc.).

A la luz de los lineamientos expuestos, la reforma introduce como regla general, la invalidez de las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente por daños materiales. El régimen de nulidad está condicionado a la falta de la adecuada equivalencia económica, y entonces es menos severo que el previsto para las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y las limitativas de responsabilidad por daños corporales. Pero en cambio es más severo que el propiciado en relación a las cláusulas abusivas definidas en el artículo 1.157, inc. 2, del Código civil (ver *supra*, parág. 8.º), que por excepción también pueden ser convalidadas, cuando conforme a las circunstancias hayan sido conocidas o usando la debida diligencia hayan debido serlo antes de concluirse el contrato, y hayan sido aprobadas expresa y especialmente por escrito (ver *supra*, párag. 9.º).

Finalmente, cabe destacar, nuevamente, que el condicionamiento impuesto para la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad por daños a los bienes (vale decir, la ausencia de una adecuada equivalencia económica), sólo rige para el caso de incumplimiento por culpa leve. Porque si la inejecución es verificada por culpa grave, la cláusula de irresponsabilidad es nula de pleno derecho (incondicionalmente), en cuanto implica un típico supuesto de desnaturalización de la obligación (art. 1.157 del Código civil). Ello es así porque compromete en extremo la estructura y la esencia de la relación creditoria, al punto que la deuda asumida por el predisponente adoptaría la modalidad de una condición puramente potestativa.

XVII. SINOPSIS DEL REGIMEN DE NULIDAD DE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION PREDISPUESA

- | | |
|---|---|
| <p>I. Cláusulas incondicionalmente nulas.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Las que desnaturalizan la obligación. 2. Las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales. 3. Las que no sean redactadas en idioma nacional, o sean claras, o completas, o fácilmente legibles. |
| <p>II. Cláusulas cuya nulidad queda condicionada a la falta de una adecuada equivalencia económica.</p> | <p>Las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños materiales.</p> |
| <p>III. Cláusulas cuya nulidad queda condicionada a que el adherente, conforme las circunstancias, no las haya conocido o debido conocer usando la debida diligencia, ni las haya aprobado expresa y especialmente por escrito.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente que resulten de normas supletorias 2. Las que amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias. |

XVIII. ASPECTOS DE LA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Al disponer el proyectado artículo 1.157 del Código civil con relación a las cláusulas abusivas reguladas, que se tendrán por no convenidas, logra con dicha fórmula, como efecto normativo, con suma riqueza, imponer una serie de consecuencias jurídicas.

En primer término deja establecido el efecto propio y principal que sigue a la predisposición de la estipulación leonina. Esto es, la nulidad, como sanción legal con que el derecho positivo rechaza el fenómeno de la cláusula abusiva incorporada a los contratos por adhesión a condiciones generales, y que consiste en la privación de las consecuencias propias del acto, que la ley reputa, queridas por las partes.

En segundo lugar, esa misma expresión («se tendrán por no convalidadas») resuelve también el problema de la extensión material que ha de atribuirse a la sanción de nulidad, respecto al contenido del contrato: el alcance de la invalidez es parcial. Se circunscribe singularmente a la cláusula abusiva, subsistiendo la validez del negocio.

Finalmente, por añadidura, la fórmula consagrada trae aparejada como tercera consecuencia jurídica, la automática vigencia del derecho dispositivo, que viene a suplantar al precepto privado, prevaleciendo sobre la autonomía de la voluntad, que exteriorizada a través de cláusulas abusivas tendía a fortalecer inequitativamente la posición contractual del predisponente, sacrificando el polo débil del vínculo negocial.

XIX. CARACTER PARCIAL DE LA NULIDAD

Cabe destacar que la solución de la nulidad parcial, ha sido prevista ya por el artículo 1.039 del Código civil vigente, que en su aplicación al campo de los contratos por adhesión se eleva, a nuestro juicio, a regla general.

Efectivamente, dicha norma establece un deslinde entre el campo de aplicación de la nulidad parcial y total, sobre la base de la separabilidad o no de las distintas disposiciones del acto. A partir de esas pautas y de esenciales directivas de interpretación, tales como la «finalidad práctica perseguida por las partes» y el «principio de conservación del negocio», el examen del artículo 1.039 del Código civil lleva a la conclusión que cuando sin la cláusula singular, el contrato de todos modos hubiera advenido, la nulidad será parcial.

Y en materia de contratos por adhesión, la necesidad de apuntalar el campo de aplicación de la nulidad parcial, se hace ostensible.

En primer lugar, porque en su ámbito, mal puede hablarse de «intención común» de las partes, atento la falta de participación del adherente en la configuración interna del contrato, y entonces no es factible concluir que alguna cláusula nula sea «querida» por él, en un íntimo nexo con el resto del negocio.

Pero además, porque la nulidad parcial es la solución acorde a todos los supuestos de cláusulas de objeto contrario a la ley, a la moral y las buenas costumbres. Por eso, es tendencia muy acusada la de mantener la existencia del contrato, no obstante adolecer de

nulidad alguna estipulación predisuelta. De lo contrario, se permitiría que mediante el establecimiento de condiciones generales contrarias a la ley o al orden público, el empresario pueda tener en sus manos la posibilidad de anular el negocio, cuando quiera, en su totalidad.

La solución de la nulidad parcial neutraliza esa hipótesis, porque se inspira precisamente en la preocupación de que los efectos de los contratos responsan no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que deriven del orden público, la moral y las buenas costumbres, y con ello asume un decidido amparo de la parte débil.

Por lo mismo, el principio que impide alegar la propia torpeza, torna jurídicamente inaudible (y en esto se avecina a la doctrina de los actos propios) la pretensión de anular un negocio irregular, esgrimida por el propio contratante culpable de predisponer el contenido ilícito. Si él diseña un íntegro proyecto contractual apuntando a la satisfacción de su finalidad económica, no tiene luego derecho a impugnar el acto completo, porque buscaría de ese modo nuevamente su exclusivo beneficio, aunque dirigiendo ahora su conducta en sentido contrario: el de la desintegración total de la convención, que ya «no le sirve», una vez tachada la estipulación viciada que su torpeza generó, y sin la cual su interés no llega a alimentarse plenamente.

El proyecto de unificación legislativa civil y comercial se inscribe felizmente en dicha tendencia. En ella confluyen como valores fundamentales la seguridad jurídica y la justicia, para dar preferencia, en amparo de la buena fe, al mantenimiento de la validez del convenio, como derecho del contratante afectado, por sobre la virtual amenaza de una amputación total del acto, hipótesis que operaría en el solo beneficio del predisponente.

