

CONTRATO DE CONSUMO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Rúben S. Stiglitz

I. CONTRATO DE CONSUMO. NOCIÓN*

La importancia de alcanzar una noción de lo que debe entenderse por contrato de consumo, radica en que simultáneamente, logra determinarse el ámbito de aplicación o, si se prefiere, de protección legal, de quienes resulten alcanzados por la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) y su decreto reglamentario (1798/94). Sobre la base de lo expuesto puede suministrarse una noción de lo que entendemos por contrato de consumo, en consideración al concepto de consumidor y a la materia objeto del negocio:

Contrato de consumo es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final –persona física o jurídica–, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social.

II. SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSUMO. EL CONSUMIDOR

Uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o el usuario de servicios¹.

Puede serlo, indistintamente la persona individual o jurídica “ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, la vida económica del bien o servicio”².

Resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, o sea para su uso privado³. La ley argentina ha recogido el criterio expresado: “...Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social” (art. 1º, Ley 24.240).

III. SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSUMO. EL PROFESIONAL

Constituye elemento caracterizante del ámbito de protección al consumidor que el mismo se extienda a los contratos de consumo que celebre con productores de bienes o de servicios, que concurren al mercado en condición de agentes económicos con carácter profesional. La profesionalidad del productor, importador, distribuidor o comerciante, excluye conceptualmente la transacción aislada o accidental.

Sin embargo, la ley argentina se aparta del criterio expuesto y consagra una solución normativa distinta. En efecto, la contraparte del consumidor y obligado al cumplimiento de la ley de defensa del consumidor se halla constituida por “todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios...” (art. 2º, Ley 24.240).

IV. SUJETOS EXCLUIDOS

Por tanto, se halla excluido de la calificación de sujeto del contrato de consumo el consumidor industrial, fabricante, profesional o revendedor que contrata con el propósito de que el bien o ser-vicio objeto del negocio continúe su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución y comercialización⁴. En el sentido indicado, la ley argentina tiene dispuesto: “...No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios...” (art. 2º, pár. 2, Ley 24.240).

* El autor hace referencia a la legislación argentina. Nota del editor.

¹ Es la concepción adoptada por el artículo 2º de la Ley 26 del 19/7/84 de la “Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios” vigente en España: “A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales...”

² R. S. Stiglitz y G. A. Stiglitz, Derechos y defensa del consumidor, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 113.

³ Esta es la concepción adoptada por el artículo 2º de la “Ley portuguesa de defensa del consumidor”: A efectos de la presente ley, son considerados como consumidores todas las personas a las que los bienes o servicios públicos les son abastecidos para su uso privado...

⁴ Es el criterio recibido por el artículo 3º de la ley española: “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

⁵ Por Decreto 1798/94 se reglamentó la Ley 24240 y en él se dispuso que “se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado” (art. 1º, inc. c).

⁶ Por ejemplo, el texto de la propuesta y de la póliza del contrato de seguro debe ser aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 24 inc. a), Ley 20091, organismo que debe efectuar un control de legitimidad, equidad, claridad y legibilidad (arts. 25-1 y 2, Ley 20091 y 11, Ley 17418). Otro ejemplo lo constituye el control que ejerce el Estado sobre la equidad y la claridad de las cláusulas que integran los contratos de ahorro previo con fines determinados a través de la Inspección General de Justicia de la Nación (Dec. 142.277/43).

V. EL OBJETO DEL CONTRATO

DE CONSUMO

La materia de la que es objeto el acto de consumo puede estar referida a un bien que desaparece tras su empleo, como al duradero; la contratación a título oneroso que tenga por finalidad la adquisición o locación de cosas muebles (art. 1º inc. a, Ley 24240); la prestación de servicios (art. 1º inc. b, Ley 24240); la recepción de cosas o servicios gratuitos como consecuencia de una contratación a título oneroso, por ejemplo, muestras gratis, artículo 1º, Decreto 1798/94; la adquisición de inmuebles nuevos⁵ destinados a vivienda, incluso la de lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada (art. 1º inc. c, Ley 24.240).

Es indiferente que el contenido de la contratación venga predispuesto por el profesional o sea el resultado de una negociación en la que haya participado el consumidor en la redacción o influido sobre ésta.

También es irrelevante que se trate de un contrato de derecho privado o público o de un contrato cuyo contenido deba ser “vigilado” previamente por una autoridad de control o no⁶.

VI. CLÁUSULAS ABUSIVAS. ÁMBITO

De lo expuesto en el apartado anterior se desprende que las cláusulas abusivas que integren los contratos de consumo pueden ser contenido, indistintamente, de contratos discrecionales (paritarios) o de contratos con cláusulas predispuestas. La cláusula abusiva si bien no es una patología propia y exclusiva del contrato por adhesión, encuentra en él una posibilidad cierta y real de ser incorporada, abierta o subrepticamente.

En la actualidad predominan los contratos con cláusulas predispuestas y, con éstas, la posibilidad cierta y real de incorporar cláusulas abusivas, dado que el contenido del contrato es obra exclusiva y excluyente del profesional.

En síntesis, los contratos por adhesión, por las características de su formación, favorecen la posibilidad de incluirlas.

VII. NECESIDAD DE NO CONFUNDIR EL CONTRATO POR ADHESIÓN CON LA CLÁUSULA ABUSIVA NI CON LA CLÁUSULA DESCONOCIDA

El contrato por adhesión es el resultado previsible y bien aceptado de la producción masiva o uniforme de bienes y servicios, en tanto requiere de una comercialización sistemática o constante. Y ello obsta a una contratación individual portadora de tratativas previas. De allí que podamos afirmar que a la producción en serie corresponde una comercialización y consiguiente contratación masiva o uniforme.

Lo expresado significa que la lucha contra las cláusulas abusivas no debe ser confundida con la contratación predispuesta, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda.

Por lo demás, constituye carácter saliente de la cláusula abusiva la circunstancia que integra el contenido contractual. Y esta afirmación viene a cuento de una práctica reiterada, consistente en que el profesional/predisponente incluye una o más cláusulas de reenvío a otra u otras reglas de autonomía incluidas en anexos que no forman parte del texto contractual y que pretende aplicar. De lo expresado se predica el absoluto desconocimiento de su contenido por parte del consumidor, aun cuando la cláusula de reenvío contenga alguna expresión tal, como que el contenido de la cláusula a la que se remite es (o se tiene por) conocida o aceptada u otra conceptualmente análoga. Pues bien, de ser así, la cuestión queda instalada en el capítulo relativo a la invalidez de la misma por falta de consentimiento ya que sólo es factible adherir (consentir) sobre lo conocido y la falta de aceptación afecta la existencia misma del vínculo⁷. ¿Pensamos que incurre en confusión la normativa que asigne carácter abusivo a las cláusulas “que incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato” (art. 16 inc. f, Chile) ya que si el espacio en blanco recién fue “llenado” (sic) luego del perfeccionamiento del contrato no podrá invocarse que la cláusula es abusiva sino que

no fue objeto de consentimiento y, por tanto, es inválida.

En cambio, debe ser considerada abusiva la cláusula por la que se prevea “la extensión de la adhesión del consumidor a cláusula que no ha tenido la posibilidad de conocer antes de la conclusión del contrato” (art. 1469 bis, inc. 10, Cód. Civil, Italia) o que “obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción de conocimiento de otros cuerpos normativos que no forman parte integrante del contrato” (art. 39, 2ª parte, inc. c, Costa Rica).

VIII. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA

A. Definiciones de fuente doctrinaria

Se han ensayado por la doctrina algunas definiciones, por ejemplo:

(a) “Toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero”⁸. La crítica que cabe formularle a esta definición es que atribuye condición de abusivas sólo a las cláusulas contenidas en contratos predispuestos⁹.

(b) “Toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores”¹⁰. La crítica que atribuimos a la precedente definición es que no cualquier desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en perjuicio del consumidor pone de manifiesto la existencia de una cláusula abusiva. Debe tratarse de un desequilibrio significativo o manifiesto.

(c) “Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el

principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la enuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen”¹¹.

B. Definiciones de fuente legal

(a) “Directiva 93/13/ del 5/4/93 de la Comunidad Económica Europea”, artículo 3º:

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 de las partes que se derivan del contrato.

2.- Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluir la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación

global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3.- El Anexo de la presente directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusula que pueden ser declaradas abusivas”.

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

(c) Francia: Por Ley 93-949 del 26 de julio de 1993 se sancionó el Code de la consommation. El art. L. 132-1 define la cláusula abusiva: “En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

(d) Suiza: artículo 8º de la “Ley federal contra la competencia desleal” (LCD) del 1/3/88: “Utilizaciones de condiciones comerciales abusivas: Actúa de manera ilegal el que utiliza condiciones generales formuladas de antemano con riesgo de provocar daño a expensas de una de las partes del contrato y que:

i) divergen de manera notable del régimen legal que las rigen directamente o por analogía;

ii) reparten los derechos y obligaciones de manera manifiestamente diferente de la que supone la naturaleza del contrato”.

⁷ F. de Castro y Bravo. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Madrid, Civitas, 1975, Nº 2, p. 58; J. Carbonnier. Derecho civil, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1971, p. 189; A. Genovese. “Condizioni generali di contratto”, Enciclopedia del diritto, T. VIII, Nº 7, p. 804; R. S. Stiglitz-G. A. Stiglitz. Contratos por adhesión. Cláusulas abusivas y protección al consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 74.

⁸ H. Bricks. “Les clauses abusives”, L. G. D. J., París, 1982, p. 2.

⁹ R. S. Stiglitz y G. A. Stiglitz. Derechos y defensa del consumidor, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 233, nota 31, donde afirmamos que la cláusula abusiva es un tema que atrapa en su formulación a la contratación privada y pública; discrecional y predispuesta; controlada previamente (administrativamente) o no, pero que en el marco de los contratos de consumo encuentra sede propicia en la negociación uniforme o a tipos constantes.

¹⁰ G. Cas. “La défense du consommateur. Les piges des contracts”, Presses Universitaires de France, París, 1980, p. 53.

¹¹ A. M. Morello y R. S. Stiglitz. En ponencia presentada en las “VIII Jornadas Nacionales de Derecho civil”, celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1981 (Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Nº 41, p. 228). Señalo que la definición suministrada en el texto corresponde a una ponencia que presentamos en el marco del tema correspondiente a la Comisión IV (Contratos por adhesión), de allí que aludamos a las figuras del predisponente y del adherente.

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

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

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

(h) El Código de Defensa del consumidor de Brasil fue sancionado por Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990 y si bien es cierto que no contiene explícitamente una definición legal de cláusulas abusivas, en el enunciado de su artículo 51 se incluye como cláusula abusiva (ap. IV) una noción útil a tales fines, dado que se consideran tales a las que “establezcan obligaciones consideradas inequitativas [...] que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad”. En el ap. XVI, parág. 1 se introduce una suerte de norma interpretativa complementaria de la anterior: “Se presume exagerada, entre otros casos, la ventaja que:

i. Ofende los principios fundamentales del sistema jurídico a que pertenece;

ii. Restringe derechos u obligaciones fundamentales, inherentes a la naturaleza del contrato, de modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual;

iii. Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor considerándose la naturaleza y contenido del contrato, el interés de las partes y otras circunstancias particulares del caso”.

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

IX. RAZONES POR LAS CUALES SE INCLUYEN EN LOS CONTRATOS. CASUÍSTICA

El empresario o profesional ante una circunstancia de hecho concreta ve consolidada su posición dominante en el contrato a través de la inclusión de cláusula de (a) contenido sustancial o (b) procesal que, a título de ejemplo, le permitan:

(A) Suprimir o limitar las consecuencias dañosas que podrían serle atribuidas, derivadas del incumplimiento contractual.

Sobre el particular cabe señalar, a su vez, ciertas distinciones, según que la exclusión o límite sea (a) absoluta o parcial o se funde en el

¹² Ello significa que sería factible la inclusión de una cláusula contractual por la que se excluya o limite la responsabilidad por daños materiales.

¹³ Lo que significa que el AGB-Gesetz tolera la cláusula limitativa de responsabilidad fundada en la culpa leve del predisponente.

¹⁴ De donde se siguen dos conclusiones: (a) Que en Perú el control administrativo previo presupone inexorablemente la legitimidad de las cláusulas aprobadas con lo que se hallaría suprimido el control judicial ulterior; (b) Que la invalidez está referida a la cláusula exonerativa o limitativa de responsabilidad de la misma categoría de contratos (por adhesión) que carezcan de aprobación previa.

(b) dolo o culpa grave del predisponente o en su culpa leve, o que (c) haga referencia a alguna obligación específica del profesional o (d) según que el contrato por adhesión haya sido previamente aprobado o no.

(a. 1) Así, existen regulaciones que establecen como contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones las “limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio” (art. 10 ap. 1 inc. 6, España; art. 37 inc. a), Argentina).

(a. 2) A su vez, alguna normativa declara abusiva la cláusula que excluya o limite la responsabilidad del profesional sólo en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, resultante de un hecho u omisión del profesional (art. 1469 quinquies inc. 1, Cód. civil, Italia)¹².

(b) Por su parte, la ley alemana sobre “Condiciones generales”, el AGB-Gesetz del 1/4/77, sólo prohíbe (sin apreciación judicial) las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad por daños que deriven de una violación al contrato fundado en el dolo o en la culpa grave del predisponente (parág. 11 inc. 7)¹³.

(c) Otra distinción está dada por la naturaleza de la obligación del profesional cuya inclusión se halla prohibida, como lo constituye la cláusula que excluye o limite la garantía legal en caso de vicio oculto (art. 2º inc. 1, Luxemburgo; art. 51 ap. I, Brasil; art. 21 inc. 4, Venezuela; art. 16, inc. e, Chile).

(d) Finalmente, debemos señalar la existencia de aquellas normativas que declaran la invalidez de las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad del predisponente y, en consecuencia, sólo referidas a “los contratos por adhesión” [art. 4º inc. 1, Israel (Ley de contratos standard) del año 5743/1982; art. 90 inc. II, México; art. 39 inc. d, Costa Rica] y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente” (art. 1398, Cód. civil, Perú)¹⁴.

(B) Rescindir unilateral e incausadamente el contrato sin que igual derecho le sea conferido al consumidor (art. 2 inc. 4, Luxemburgo; art. 51 ap. XI, Brasil; art. 1398, Cód. civil, Perú; art. 21

inc. 1, Venezuela; art. 39 inc. e, Costa Rica; art. 16 inc. a, Chile; art. 4 inc. 2, Israel).

(C) Modificar unilateral e incausadamente el contrato (art. 2 inc. 4, Luxemburgo; art. 51 ap. XIII, Brasil; art. 90, inc. I, México; art. 39 inc. e, Costa Rica; art. 16 inc. a, Chile; art. 4 inc. 2, Israel).

(D) Impedir al consumidor suspender total o parcialmente el pago de las sumas debidas si el profesional no cumple sus obligaciones (art. 2 inc. 3, Luxemburgo).

(E) Excluir el derecho del consumidor de demandar la rescisión del contrato o una indemnización por daños, cuando la prestación prometida por el profesional no es efectuada total o parcialmente en el plazo convenido o a falta de indicación de plazo, en un plazo razonable o usual (parág. 11 inc. 8 aps. a y b, Alemania; art. 2º inc. 5, Luxemburgo; art. 1469 quinquies inc. 2, Cód. Civil, Italia).

(F) Reservarse, sin motivos válidos y especificados en el contrato, el derecho de fijar unilateralmente la fecha de ejecución de su obligación (art. 2º inc. 6, Luxemburgo; art. 4º inc. 4, Israel).

(G) Prever la determinación del precio al momento de la provisión o de provisiones sucesivas que permitan al profesional aumentarlo, si el consumidor carece del derecho de rescindir el contrato cuando el precio definitivo deviene excesivo con relación a lo que él podía esperar al momento del perfeccionamiento del contrato (art. 1469 bis, inc. 12, Cód. Civil, Italia; art. 2º inc. 10, Luxemburgo; art. 4º inc. 4, Israel).

(H) Permitir al profesional variar el precio de manera unilateral (art. 51 ap. X, Brasil; art. 4º inc. 4, Israel).

(I) Establecer incrementos de precios por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y estén consignados por separado en forma específica (art. 10 ap. 1 inc. 5, España; art. 21 inc. 2, Venezuela; art. 16 inc. b, Chile).

(J) Abreviar plazos de prescripción (art. 2 inc. 11, Luxemburgo; art. 90 inc. V, México).

(K) Incluir cargas formales dirigidas al consumidor de observancia estricta (documental o a exigencias especiales de correspondencia), consistentes en denuncias o declaraciones dirigidas al predisponente o a terceros (parág. 11 inc. 16 del AGB-Gesetz, Alemania).

(L) Establecer un término excesivamente anticipado respecto al vencimiento del contrato para comunicar la resolución a fin de evitar la prórroga tácita (art. 1469 bis, inc. 9, Cód. Civil, Italia).

(M) Prever la extensión de la adhesión del consumidor a Cláusula que no ha tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato (art. 1469 quinquies inc. 2, Cód. Civil, Italia).

(N) Establecer sanciones que importen la caducidad de los derechos del consumidor ante la inejecución de cargas de imposible o dificultosa observancia.

(O) Dirimir sus conflictos ante una jurisdicción que no le sea incómoda, más onerosa, hostil o que le sea favorable (art. 1469 bis inc. 19, Cód. Civil, Italia; art. 4º inc. 9, Israel).

(P) Consagrar la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor o usuario (parág. 11, inc. 15 del AGB Gesetz, Alemania; art. 2º, inc. 15, Luxemburgo; art. 51 ap. VI, Brasil; art. 10º ap. 1, inc. 8, España; art. 37 inc. c, Ley 24.240, Argentina; art. 16 inc. d, Chile; art. 4º inc. 7, Israel).

(Q) Excluir o limitar al consumidor la oponibilidad de excepciones por incumplimiento del profesional (art. 1469 bis inc. 16, Cód. Civil, Italia; art. 1398, Cód. Civil, Perú).

X. CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN

La enunciación de los caracteres de la cláusula abusiva depende de la concepción que considere: (a) que las mismas pueden ser contenido de los contratos, sin consideración a su forma de creación, lo que significa que acepta su existencia ya sea en

los contratos discrecionales o predispuestos y que denominaremos amplia, o de aquella otra (b) que sostenga que la negociación o tratativa previa del contenido contractual suprime el abuso y que, por lo tanto, sólo interesa el análisis del tema en lo que se refiere a los contratos por adhesión, por lo que la enunciaremos como restrictiva o limitada.

Coherentes con la definición que hemos suministrado del contrato de consumo (*supra* 1) y a la materia de que trata (*supra* 5), afirmamos que el poder de negociación generador de abuso no es atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta. Lo que debe acen-tuarse conceptualmente en el análisis del contrato de consumo es lo referente al poder de negociación que concentra uno de los polos de la negociación (profesional) y del que carece el otro (consumidor o usuario)¹⁵. Es la debilidad jurídica¹⁶ o desigualdad formal del consumidor en sus relaciones contractuales con el profesional, lo que favorece (posibilita) que aun en los contratos que presumen de (aparentan ser) “paritarios” se incluyan cláusulas que desnaturalizan manifiestamente la relación de equiva-lencia.

Por lo demás, el estado de compulsión en que se halla el consumidor o usuario, del que se predica su ineludible necesidad de contratar, ha desalentado y hasta suprimido su posibilidad

¹⁵ Th. Bourgoignie. Elementos para una teoría del derecho de consumo, Vitoria, 1994, Nº 26, p. 58: para quien la igualdad de las partes en el intercambio de consumo constituye otro mito que la observación del funcionamiento real del mercado va a desmentir. Esa disparidad de poder –continúa– se ve reforzada por varios factores: (a) el aislamiento en el que actúa el consumidor frente a un interlocutor que, a menudo, pertenece a una entidad económica; (b) la estandarización de los contratos; (c) la falta de información y la carencia de competencia, tanto técnica como jurídica, del consumidor, etc.

¹⁶ La “Ley de protección al consumidor y al usuario”, Nº 4898 del 17/5/95 de Venezuela, establece en su artículo 6º inciso 3, que “son derechos de los consumidores y usuarios la promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado”.

¹⁷ J. Calais-Auloy y F. Steinmetz. Droit de la consommation, París, Dalloz, 1996, Nº 168, p. 170.

¹⁸ J. P. Pizzio. Code de la consommation, París, Montchrestien, 1996, p. 203.

de resistencia. De ello se infiere que la negociación individual de la cláusula que luego fue objetada, por sí solo no le confiere inmunidad, no la legítima.

En consecuencia, proseguiremos el análisis del tema conscientes de la existencia de un criterio amplio, el que auspiciamos, y otro que identificaremos como restrictivo o limitado.

XI. UN TEMA PREVIO: LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Sobre el particular cabe señalar que, al sancionarse la Directiva 93-13 por el Consejo de la CEE sobre “Cláusulas abusivas en los contratos de consumo”, se sostuvo en sus Considerandos “...que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial” [...] por lo que “las cláusulas de la presente directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual” [...] pero reconociendo que “es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad [...] de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente directiva”.

Como se advierte, el marco regulatorio de la directiva comunitaria sólo consagra un mínimo obligatorio de derechos que deberán ser reconocidos por los Estados miembros, los que se hallan legitimados para ampliarlos¹⁷.

Lo expresado en el presente párrafo constituye un tema previo, ineludible en la exposición, por la doble trascendencia que presupone para la cuestión en análisis no sólo el conocimiento de la regulación mínima contenida en un marco normativo supra-nacional

sino, además, la recepción de algunas legislaciones nacionales frente a las opciones suministradas por la directiva 93-13.

XII. CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. CONCEPCIÓN AMPLIA. EL DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO

Ya quedó anticipado que una tesis amplia afirma que la cláusula abusiva indistintamente puede llegar a ser contenido de contratos discrecionales o de contratos predispuestos.

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

Es característica definitoria de la cláusula abusiva:

Que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional, derivadas del contrato en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor. En suma, el profesional es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral, concentra en sí mismo y frente al contratante un margen de autoridad o superioridad del que se haya sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio. Con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.

Ese desequilibrio significativo ha sido identificado como la nueva fórmula que adopta la anteriormente utilizada, por ejemplo, por el artículo 35-78 de la ley francesa ahora derogado con la sanción del Code: “ventaja excesiva”¹⁸ que, por lo demás, es la empleada actualmente

por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 51 ap. IV) y por el artículo 3º de la “Ley de contratos standard” de Israel del año 5743/1982, que es aquella que se autoarropa el profesional en detrimento del consumidor¹⁹. A nuestro juicio la noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses. En efecto, el principio de onerosidad se traduce en términos de comparación entre provecho y sacrificio al punto que desde la génesis del contrato las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, “según un criterio de equivalencia y reciprocidad”²⁰.

En efecto, es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

O, dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

De allí que, para la concepción amplia, no constituye cualidad de la cláusula abusiva y le resulta absolutamente indiferente (a) que la regla cuestionada haya sido negociada individualmente o no y descarta como carácter definitorio que (b) haya sido impuesta al consumidor por un abuso del poder económico del profesional que le confiere una ventaja excesiva²¹.

Por lo demás, el desequilibrio significativo o manifiesto no podrá resultar de la falta de adecuación del precio o remuneración afrontado por el consumidor con relación al bien adquirido o servicio suministrado por el profesional, ni a la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata, pues indiscutiblemente esas son cuestiones negociadas individualmente²².

XIII. CARÁCTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. CONCEPCIÓN RESTRICTIVA

(a) Que no haya sido negociada individualmente.

En efecto, para quienes afirman que el ámbito de aplicación lo constituyen sólo los contratos por adhesión, el carácter relevante lo representa el hecho de que la cláusula reprochada no haya sido negociada individualmente. Esto única y necesariamente acontece en los contratos por adhesión, dado que se hallan suprimidas las tratativas y, con ellas, la negociación individual de cada cláusula.

(b) Que la cláusula objetada le haya sido presentada al consumidor ya redactada.

En ese caso, es indiferente que la redacción pertenezca al empresario o provenga de un tercero y sea reproducida total o parcialmente por el profesional.

(c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido.

En ocasiones, el consumidor participa o influye en el contenido de condiciones particulares, pero esta circunstancia no altera la naturaleza predispuesta de las condiciones generales.

XIV. CARÁCTERES COMUNES A LAS CONCEPCIONES AMPLIA Y RESTRICTIVA

(a) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe.

Sobre el particular cabe formular una distinción sustentada en la lectura de las legislaciones nacionales de los países que integran la Comunidad Económica Europea y que deben adaptar sus marcos normativos locales a la directiva comunitaria.

En efecto, la directiva 93-13 de la CEE establece con carácter definitorio

que: “Las cláusulas contractuales [...] se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Como se advierte, la directiva define la cláusula abusiva mediante la inclusión de dos presupuestos o elementos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente articulados entre sí: (a) infracción a la buena fe a través de una cláusula que consagre un (b) desequilibrio significativo en detrimento del consumidor. Tal como el texto ha quedado redactado ha motivado que se lo interpretara en el sentido que la cláusula es abusiva sólo cuando determina un desequilibrio significativo que se halle en contraste con el principio de buena fe, de suerte tal que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido pero que no infrinja la buena fe no podría constituirse en abusiva²³.

Según nuestro punto de vista, la cláusula que infringe la buena fe no requiere, para ser considerada abusiva, del auxilio que implica que, por añadidura, consagre un desequilibrio significativo.

Lo propio sucede a la inversa, ya que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de onerosidad no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.

De ser correcto el diagnóstico estimamos que, precisamente, la cláusula que importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato de consumo, presupone irrefragablemente mala fe del profesional, al punto que la objetiviza.

Es lo que ha acontecido con la sanción del Code de la consommation en Francia el cual, apartándose de la directiva comunitaria, suprimió la infracción a la buena fe como carácter definitorio de la cláusula abusiva, argumentándose que si las cláusulas abusivas tienen por objeto o por efecto crear un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones, es superfluo preguntarse si

fueron estipuladas contrariando las exigencias de buena fe²⁴.

En cambio Italia constituye el ejemplo contrario pues, en el tema que nos ocupa, al adaptar su legislación nacional a la directiva comunitaria introdujo una disposición al Código civil que, en principio, ha empeorado la situación del no profesional, con lo que habría contrariado el marco normativo supranacional de protección a los intereses económicos del consumidor.

En efecto, la sanción del artículo 1469 bis del Código civil de Italia no ha sido feliz, pues a los fines de la determinación de la existencia de una cláusula abusiva se ha expresado: “... se consideran vejatorias las cláusulas que, malgrado la buena fe²⁵, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio...”. Ello ha dejado al intérprete la posibilidad de considerar dos sentidos o alcances antagónicos al texto legal: (a) que una cláusula es abusiva a pesar de la buena fe del profesional siendo suficiente con que provoque un desequilibrio significativo, interpretación que

¹⁹ J. Beauchard. *Droit de la distribution et de la consommation*, Paris, Thémis, 1996, pp. 349 y ss.

²⁰ E. Betti. “Teoría general del negocio jurídico”, R. D. P., Madrid, 1959, T. I, N° 39, p. 56; R. S. Stiglitz. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 56, donde sostenemos que los beneficios que obtienen las partes se hallan en relación de causalidad o de equivalencia con los perjuicios que sufren, así como que esa equivalencia es subjetiva, en razón de que esta noción expulsa toda referencia a la igualdad objetiva de los valores. Cfr. L. Cariota Ferrara. *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, T. I, N° 61, p. 189; A. Pino. *La excesiva onerosidad de la prestación*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 56.

²¹ Era el criterio normativo consagrado en Francia por el artículo 35-78, ahora abandonado al sancionarse el artículo 132-1 del Code de la consommation, que optó por el expuesto en el texto. Se ha sostenido que la referencia al poder económico era un criterio impreciso. Se preguntaba la doctrina francesa cómo debía identificarse el abuso del poder económico cuando no se tratara de monopolios u oligopolios (B. Starck, H. Roland y L. Boyer. *Obligations. Contrat*, Paris, Litec, 1995, N° 661, p. 286).

²² E. M. Appiano. “Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano cos le direttive comunitarie?)”, *Contrato e impresa*, Roma, Cedam, 1996, N° 2, año primo, p. 438.

²³ V. Roppo. “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, *Diritto ed Economia dell'assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1994, N° 12, p. 47.

²⁴ Denis Mazeaud. “La loi du 1er. février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?”, *Droit et patrimoine*, juin, 1995, N° 18, p. 47.

²⁵ Como se recuerda, la Directiva 93-13 expresa “...pese a las exigencias de la buena fe...”, por lo que la diferencia con el modelo es esencial. Mientras en éste se requiere que el desequilibrio contrarie la buena fe, en el artículo 1469 bis, Código Civil de Italia se admite la buena fe del profesional que ha introducido una cláusula abusiva. El error que se ha deslizado ha sido atribuido por la doctrina a una defectuosa traducción del texto comunitario a la versión italiana (V. Rizzo,

ha motivado una reacción doctrinaria que sostiene que la cláusula es abusiva sólo cuando genera un desequilibrio que se halla en contradicción con el principio de buena fe, por lo que (b) si el mentado desequilibrio no infringe tal principio, la cláusula no puede considerarse abusiva.

A nuestro entender, la infracción a las exigencias de la buena fe debe mantenerse como criterio esencial de caracterización de la cláusula abusiva pero autónomamente, y como contenido de una cláusula general abierta al estilo del parágrafo 9 de la “Ley para la regulación del derecho de las condiciones negociales” (AGB-Gesetz) del 1/4/977²⁶, o con el criterio del “Código de Defensa del consumidor”, vigente en Brasil (Ley 8078/90) por el que se declaran nulas de pleno derecho las cláusulas contractuales que sean “incompatibles con la buena fe o con la equidad” (art. 51 ap. IV).

El criterio sustentado en la ley alemana en el sentido que la buena fe constituye por sí sola una cláusula abierta, tiene la ventaja que permite al intérprete apreciar, fuera del marco de las cláusulas prohibidas (parág. 10), si las restantes son ineficaces por perjudicar al adherente en razón de su (a) incompatibilidad con el derecho dispositivo o porque (b) desnaturaliza la finalidad del contrato. En síntesis, la remisión al principio de buena fe se hace operativa, es útil y se halla al servicio del intérprete en punto a la realización de un test de confrontación entre (a) la cláusula de dudosa legitimidad (apreciable) y (b) el derecho dispositivo y la finalidad jurídico económica del contrato.

En cambio, de la lectura del elenco de las cláusulas prohibidas sin apreciación judicial (parág. 11), como por ejemplo, la cláusula por la que se consagra la exclusión o limitación de responsabilidad por un daño que deriva de una violación contractual gravemente culposa del predisponente o de su representante legal (parág. 6), o aquella por la que se excluya o limite el derecho del adherente a exigir indemnización de daños por mora en la prestación por parte del predisponente o en el supuesto de imposibilidad de la prestación a él imputable (parág. 8) surge que, en todos y cada uno de los supuestos enunciados, el elemento común que los caracteriza, es la existencia

de un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en detrimento del consumidor. Lo expresado pone de manifiesto la redundancia que implica expresar que el desequilibrio significativo debe infringir el principio de buena fe, pues lo presupone incontestable e irrefragablemente.

A su vez, la concepción del Código de Defensa del Consumidor de Brasil tiene la ventaja para el intérprete que, por anticipado, el legislador señala el efecto nulidad de pleno derecho consecuente a las cláusulas contractuales cuyo contenido es incompatible con la buena fe.

(b) Que el desequilibrio sea relevante o significativo²⁷.

El carácter enunciado precedentemente deberá ser interpretado como un desequilibrio de negociación, lo que significa que no se toma otra referencia que no sea la que esté relacionada con el principio de onerosidad o sea el cotejo entre provechos y sacrificios, con total exclusión de la

Clausele vessatorie e contratto del consumatore, a cura di Ernesto Cesro, Verona, Cedam, 1996, p. 29).

²⁶ “Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, en oposición al principio de la buena fe (Treu und Glauben). II. En la duda se presume la existencia de perjuicio indebido, cuando la cláusula: 1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta o 2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad de éste”.

²⁷ La Directiva 93-13 de la C. E. E. y el artículo 10 bis de la Ley 7/1998 de España utilizan la frase desequilibrio importante; el Code de la consommation de Francia y el artículo 1469 bis del Código Civil de Italia: desequilibrio significativo; la ley de Bélgica sobre “Prácticas del comercio, información y protección del consumidor”: desequilibrio manifiesto; el Código de Defensa del Consumidor de Brasil: desventaja exagerada; la ley alemana de julio 19 de 1996, que adaptó el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13: desequilibrio sustancial y no justificado.

²⁸ Este carácter ha sido recibido normativamente por Francia (art. 132-1, Code de la consommation) y por Italia (art. 1469-ter-1, Cód. Civil).

²⁹ Carácter definitorio del derogado artículo 35 de la Ley francesa 78-23 del 10/01/78, donde se suministraba la noción de cláusula abusiva como aquella que «aparece impuesta al no profesional o consumidor por un abuso del poder económico del profesional y que le confiere a éste una ventaja excesiva».

³⁰ D. Mazeaud. Op. Cit., N° 15, p. 45, quien señala que es indiferente la creación de la cláusula y sólo cuenta el resultado para apreciar la existencia de abuso.

³¹ La cuestión ha sido recogida por el artículo 1469 ter-5 del Código Civil italiano: “En el contrato concluido mediante suscripción de módulos o formularios predisuestos para disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales incumbe al profesional la carga de probar que la cláusula o elementos de la cláusula, malgrado sea por él mismo uni-lateralmente predisuestos, hayan sido objeto de específica tratativa con el consumidor”.

ecuación que resulte de la comparación entre el precio afrontado por el bien o el servicio recibido.

(c) El desequilibrio significativo deberá apreciarse tomando como referencia la relación de fuerzas de negociación existente al tiempo en que se formalizó el contrato²⁸.

Ello significa que, a los fines de la apreciación en concreto sobre si una cláusula es abusiva, habrá de estarse a (a) la relación de equivalencia existente al tiempo de conclusión del contrato y (b) al efecto que la cláusula abusiva provocó sobre aquélla.

Y ese efecto no es otro que atribuir al profesional una ventaja significativa sobre el consumidor, sin contrapartida o fundamento que lo justifique y que comprometa el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Como se advierte, a los fines de la determinación de la existencia de desequilibrio no habrá de estarse al “abuso del poder económico”²⁹ ni a la definición del objeto principal del contrato (art. 132-1, Code y 1469-ter, Cód. Civil italiano).

XV. LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

El Code de la consommation sancionado en Francia adoptó la concepción amplia, por lo que, con relación al tema que nos ocupa, suministró a los consumidores una garantía más elevada que el mínimo regulado por la directiva comunitaria. Esto significa que sus normas se aplican indistintamente a los contratos cuyas cláusulas hayan sido predisuestas unilateralmente o hayan sido negociadas individualmente, por lo que se hace prevalecer como “el” carácter definitorio de la cláusula abusiva, el efecto de la misma sobre el equilibrio contractual (art. 132-1)³⁰.

Italia representa, en principio, la concepción opuesta, pues al reformarse el Código civil por ley N° 52 del 6 de febrero de 1996 con el fin de adaptar su legislación nacional a la directiva 93-13, con

relación a la cuestión que nos ocupa optó, como regla, en reducir el ámbito de aplicación legal sólo a la garantía mínima. Así lo establece el art. 1469-ter-4. del Código Civil italiano: “No son vejatorias las cláusulas o los elementos de las cláusulas que hayan sido objeto de tratativa individual”.

Como excepción al principio se regula la hipótesis de aquellos contratos que, aunque hayan sido objeto de tratativas previas (contratos discrecionales), hayan incorporado cláusulas que (a) excluyen o limitan la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño de la persona del consumidor resultante de un hecho o de una omisión del primero; (b) excluyen o limitan la acción del consumidor contra el profesional en caso de incumplimiento total o parcial o incumplimiento inexacto; (c) prevén la adhesión del consumidor a cláusula que de hecho no ha tenido la posibilidad de conocer. Para todas esas hipótesis se declara la ineficacia de dichas cláusulas, la que puede ser declarada de oficio por el juez.

Sobre la base de tal regulación, en tanto restringe inicialmente su ámbito de aplicación sólo a los contratos por adhesión, va de suyo que el empresario que afirme que la cláusula objetada ha sido negociada individualmente, debe probarlo³¹.

XVI. EL DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO Y ALGUNAS CARACTERIZACIONES NORMATIVAS

No existe un único criterio caracterizante o definitorio de lo que debe entenderse por desequilibrio significativo o manifiesto.

Por ejemplo, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil afirma que es absolutamente nula la cláusula que coloque al consumidor en desventaja exagerada, que sea incompatible con la buena fe o la equidad (art. 51 ap. IV). Y se presume exagerada la ventaja que:

- (1) ofende los principios fundamentales del sistema jurídico;
- (2) restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del con-

trato, de tal modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual;

(3) se muestra excesivamente onerosa para el consumidor.

Lo que sí debe quedar claro es que la calificación de una cláusula como abusiva no se sustenta argumentalmente en el equilibrio entre el precio afrontado, por una parte, y el bien o servicio, por otra³².

La expuesta es la solución normativa que surge de la directiva 93-13 de la CEE, “artículo 4 inc. 2: La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”³³.

Ello no significa que, a los fines de la identificación de una cláusula abusiva, sea irrelevante el desequilibrio que resulte de la ecuación económica del intercambio pues, por ejemplo, en el marco de la directiva 93-13 CE, constituye cláusula que puede ser declarada abusiva, aquella que establezca que el precio de las mercancías se determine recién en el momento de su entrega u otorgue al vendedor o proveedor el derecho de aumentar los precios, “sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato” (anexo I, letra l). Como se advierte en el ejemplo precedente, sólo en ese caso la cláusula es vejatoria, pero el desequilibrio económico de la relación no constituye, por sí, un elemento definitorio o caracterizante de abuso contractual.

XVII. CRITERIOS DE ENUNCIACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

(a) Prevalece en el Derecho Comparado el criterio de implementar por ley especial una cláusula abierta y definitoria de lo que debe entenderse por cláusula abusiva y, a continuación, un enunciado de cláusulas nulas de pleno derecho o “no escritas” o “no conve-

nidas” (Luxemburgo, arts. 1º y 2º, Loi du 25 aout 1983, relative [...] la Protection juridique du consommateur; España, art. 10 bis de la Ley 7ª/1998 del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; Brasil, art. 51, Ley 8078/1990; Argentina, art. 37, Ley 24.240; Costa Rica, art. 39, Ley 7.472 del año 1995).

(b) Razones de política jurídica han considerado más propio que sea el Código Civil el que enuncie la ineficacia de cláusulas puntualmente enunciadas como contenido, en este caso de los contratos por adhesión (Perú, art. 1398, Cód. Civil), silenciando el tema en su ley específica de “Protección al consumidor” (Perú, Decreto Legislativo 716/1991).

(c) Otro criterio es aquel por el que se efectúa un enunciado de cláusulas que, sólo en el marco de los contratos por adhesión, “no producirán efecto alguno” (nulas) incluidas en una ley especial, sin incorporar cláusula abierta alguna (Inglaterra, art. 2º de la Unfair Contract Terms Act, de 1977 y arts. 12 a 14 de la Sale o Goods Act, de 1979 modificada en 1983; México, art. 90 de la “Ley Federal de Protección al Consumidor” del año 1992; Venezuela, art. 21 de la “Ley de protección al consumidor y al usuario”, del 17/5/995; Chile, art. 16 de la Ley 19496 del año 1997, sobre “Protección de los derechos de los consumidores”).

(d) A su vez, en ocasiones, para supuestos puntuales, la enumeración de las referidas cláusulas, en principio, es presuncional y admite prueba en contrario o, dicho de otro modo, tolera una apreciación judicial (Italia, art. 1469 bis, Cód. Civil; Alemania, parág. 10, AGB-Gesetz; Portugal, art. 22 Dec.-Ley 446/85; Israel, art. 4º, “Ley de contratos standard” del año 5743/1982).

Así, el artículo 1469 bis, Código Civil italiano contiene una lista de veinte presuntas hipótesis de cláusulas vejatorias, presunción no irrefragable pues admite prueba en contrario por parte del empresario.

(e) Un supuesto particular lo hallamos en el art. 132-1 del Code de la consommation

vigente en Francia, por el que se hace referencia a un anexo que incluye una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas como abusivas siempre que se trate de cláusulas que provoquen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes. La decisión que declare abusiva una cláusula se halla subordinada a la prueba de dicho carácter por quien así lo invoque (art. 132-1 ap. 3), o sea por el consumidor.

(f) En otras legislaciones y para supuestos especiales, se las declara anticipadamente ineficaces o absolutamente prohibidas, lo que suprime toda apreciación judicial (Italia, art. 1469 quinquies, Cód. Civil; Alemania, parág. 11, AGB-Gesetz; Portugal, art. 21, dec. ley 446/85).

(g) Finalmente, la Directiva 93/13 del 05/04/93 de la Comunidad Económica Europea incluye un anexo que contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas “que pueden ser declaradas abusivas” (art. 3 ap. 3).

XVIII. CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS

No revisten carácter de abusivas aquellas cláusula de las que de su aplicación resulten:

(a) Ventajas o sacrificios análogos para ambas partes, ya que la relación de equivalencia o el principio de la máxima reciprocidad de intereses se halla preservado

(b) Perjuicios sólo para el predisponente, ya que este último no podría hacer valer la desventaja que resulta de un contenido contractual del que es su único autor.

(c) Desequilibrio no excesivo ni manifiesto ya que el equilibrio contractual no implica una simetría a rajatablas entre ventajas y sacrificios.

³² V. Roppo. Op. Cit., p. 52.

³³ Por lo demás, es la solución normativa adoptada por Francia (art. 132-1, Code de la consommation) y por Italia (art. 1469 ter-2, Cód. Civil).

De allí que la desnaturalización de la relación que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que exista desproporción significativa.

(d) Que hayan sido negociadas por ambas partes, como ser (a) la definición del objeto principal o materia sobre la que se contrata, y (b) la adecuación entre el precio o retribución afrontado por el consumidor con el bien o servicio suministrado por el proveedor, si ambos elementos (a y b) se hallan expresados con claridad (art. 4º ap. 2 Directiva 93-13 C. E. E.; art. 1469, ter, Cód. Civil, Italia).

XIX. LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS

Se trata de cláusulas imprevisibles e inhabituales en los usos del tráfico. Son calificadas de insólitas, pues colocan al consumidor en una situación más desventajosa, y que razonablemente no podía imaginar, prever, ni contar con su existencia.

Por ejemplo, la ley alemana que regula el derecho de las condiciones generales del contrato (AGB-Gesetz) establece en su parágrafo 3: “No formarán parte del contrato las estipulaciones contenidas en las condiciones generales del contrato que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no las pueda prever”.

XX. SISTEMAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

(a) Francia es paradigma de un sistema que tiene su origen en el artículo 37 de la ley del 10 de enero de 1978. Establece un control administrativo previo sobre las cláusulas abusivas que, en lo esencial, consiste en la existencia de una “Comisión de cláusulas abusivas”, presidida por el Ministro de Consumo, quien conocerá “de los modelos

de contratos habitualmente propuestos por los profesionales a los no profesionales o consumidores”. Dicha Comisión está encargada de la búsqueda o investigación si los referidos modelos contienen cláusulas que pueden presentar un carácter abusivo (art. 132-2, Code de la consommation).

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

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

(b) En Israel existe un Tribunal para Contratos **standard** constituido por hasta doce integrantes, de los cuales el presidente y el vicepresidente deberán ser jueces de un tribunal de distrito, designados por el Ministro de Justicia. Otros dos integrantes deberán representar a organizaciones de consumidores.

Los profesionales o proveedores podrán solicitar del Tribunal la aprobación de un contrato tipo que desee celebrar con sus clientes. El tribunal podrá (a) aprobarlo por un período de cinco años o uno menor establecido por el Tribunal, durante el cual no se atenderá ninguna petición tendiente a declarar la nulidad de ninguna de sus cláusulas. O (b) rechazarlo por contener cláusulas excesivamente desventajosas que una vez identificadas se considerarán nulas.

La solicitud de nulidad de una cláusula podrá ser solicitada por el Procurador General, por algún miembro de la Comisión de Protección al Consumidor creada por Ley de Protección al consumidor del año 5741/1981, o por alguna organización de consumidores aprobada por el Ministro de Justicia.

El Tribunal que considere que una cláusula es excesivamente desventajosa podrá anularla o modificarla hasta suprimir el exceso.

Una vez declarada la nulidad de una cláusula se la considerará nula en cualquier contrato que se celebre conforme a dicho contrato tipo, incluso a contratos celebrados con anterioridad a la emisión del fallo.

(c) En España la Ley 7ª del 13 de abril de 1998 sobre “Condiciones generales de los contratos” ha creado el “Registro de Condiciones generales de la contratación” (art. 11) donde, con carácter preventivo, se anotará la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de condiciones generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativas (*infra* ap. 25), así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan las sentencias firmes estimatorias, como así también cuando se acredite la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

El registro es público y la inscripción de las condiciones generales podrá ser solicitada por el predisponente, por el adherente, y por los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas.

(d) En Argentina el ejercicio del control administrativo sobre las cláusulas abusivas es realizado a través de la Secretaría de Industria y Comercio que es la autoridad nacional de aplicación de la Ley 24.240. Los gobiernos provinciales y la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación y ejercerán el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la ley y sus normas reglamentarias.

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas (art. 38, Ley 24.240).

La autoridad de aplicación notificará al proveedor que “haya incluido cláusulas de las previstas en el artículo 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije” (art. 38 Dec.-Ley 1798/94).

³⁴ A. M. García-Tuñón. “El modelo inglés de control de las cláusulas injustas: la Unfair contract terms Act de 1977”, p. 42.

³⁵ M. Di Meo. “Il sistema inglese”, en *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Ernesto Cesro, Milano, Cedam, 1997, Vol. II, p. 845.

XII. CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. SU ENUNCIADO INDICATIVO. LA CLÁUSULA ABIERTA

Si bien es cierto que existen diversos sistemas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquél que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial.

La cláusula abierta se caracteriza por tratarse de (a) una disposición legal de carácter imperativo que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos. Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y del principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores, en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es (b) aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas factibles de ser judicialmente declaradas nulas. Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y (c) dada su amplitud presupone que las listas de cláusulas –negras o grises– sean meramente indicativas.

(a) Alemania (AGB-Gesetz, 1977) contiene una cláusula abierta como la descripta (parág. 9); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 10) y otro de dieciséis cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 11).

El expuesto es el sistema vigente en Italia a partir de la sanción del artículo 1469 bis. En efecto,

Italia dispone de una cláusula general (art. 1469 bis); un enunciado de veinte cláusulas que “se presumen vejatorias hasta la prueba en contrario” y otro de tres cláusulas ineficaces de pleno derecho (art. 1469 quinquies, Cód. Civil).

(b) En Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte se ejerce el control judicial a través de la aplicación de diversos principios. Por ejemplo, se alude al (a) principio de la **consideration** que, en una de sus acepciones, preserva el equilibrio o relación de reciprocidad entre beneficios y sacrificios, aunque no de una equivalencia matemática. También se aplica la (b) doctrina de la **repugnancy** en tanto permite al Tribunal la declaración de ineficacia de una cláusula de exclusión con fundamento en que la misma contraría “el propósito principal u objetivo del contrato” (**the main purpose of contract**)³⁴. Y se acude a los (c) principios del **fundamental term** y **fundamental breach** para impedir que un contratante, responsable de incumplimiento contractual, haga valer una cláusula exonerativa o limitativa cuando su conducta importó un grave incumplimiento, al punto que el contrato queda vacío de contenido (**fundamental breach**) o cuando el incumplimiento afecta un elemento esencial (**fundamental term**).

No es factible de excluir o restringir convencionalmente las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento que derive en muerte o daños personales resultantes de negligencia del autor. En cambio, en el caso que de la negligencia deriven otras pérdidas o daños es factible la exclusión o limitación si la cláusula satisface el requerimiento de razonabilidad³⁵.

(c) Otro sistema está constituido por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8078 del 11/9/90) en tanto consagra dos cláusulas abiertas (art. 51 ap. IV y art. 51 parág. 1, aparts. I, II y III) y un único enunciado de cláusulas abusivas nulas de pleno derecho (art. 51). Lo propio acontece con España, dado que por Ley 26/1984 se enuncia una cláusula abierta (art. 10, inc. 3) y una lista de cláusulas declaradas nulas de pleno

derecho y “que se tendrán por no puestas” (art. 51, ap. 4). Sistema del que participa Argentina en tanto introduce dos cláusulas abiertas: las que desnaturalicen las obligaciones (art. 37 inc. a, Ley 24240) y aquellas que importen renuncia o restricción a los derechos de los consumidores (art. 37 inc. b, Ley 24.240) y dos cláusulas abusivas: la que limita la responsabilidad por daños (art. 37 inc. a) y la que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37 inc. c, Ley 24.240).

(d) Otro mecanismo de control es el vigente en la directiva 93-13 de la CEE y artículo 132-1 del Code de la consommation de Francia donde a la cláusula abierta se le añade un elenco indicativo de cláusulas que pueden ser tenidas como abusivas.

(e) Añadimos a los sistemas expuestos que, en Italia, salvo la presunción de vejatoriedad de las cláusulas enunciadas en el artículo 1469 bis, ya con relación a las condiciones generales de los contratos predispuestos, el artículo 1341-2, Código Civil, subordina su eficacia a la circunstancia de que hayan sido específicamente aprobadas por escrito. La crítica que se le formula al mecanismo previsto por la citada disposición consiste en que la observancia de una formalidad no puede lograr desafectar del control judicial la ilicitud de una cláusula.

(f) Finalmente, en Israel en los procesos entre proveedores (profesionales) y consumidores (clientes), cuando la Corte considere que una cláusula es excesivamente desventajosa podrá anularla o modificarla (revisarla), todo lo necesario que sea hasta suprimir la desventaja excesiva (art. 19 inc. a, “Ley de contratos standard”, 5743/1982).

XXII. LA CLÁUSULA ABIERTA.

CASUÍSTICA

(a) El AGB-Gesetz vigente en Alemania constituye un ejemplo paradigmático de la suficiente amplitud con que debe ser redactada la norma jurídica que la contenga. El parágrafo 9 consagra la ineficacia de las

estipulaciones que (a) perjudiquen al adherente de forma (b) no equitativa en oposición al (c) principio de buena fe. En caso de duda sobre la existencia de perjuicio no equitativo se lo presume si la cláusula (d) no es compatible con las ideas esenciales (normas dispositivas) de la cual se aparta o cuando (e) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de éste.

... Lo aconsejable consiste, dada la trascendencia de la cuestión, en establecer el procedimiento más abreviado de acceso a la justicia que preserve una adecuada y eficaz protección...

De una fórmula aproximada participa el Código de Defensa del Consumidor de Brasil cuando consagra la nulidad absoluta de las cláusulas que coloquen al consumidor en (a) desventaja exagerada o que sean (b) incompatibles con la buena fe o la equidad (art. 51 ap. IV), presumiéndose lo primero cuando (c) ofende los principios fundamentales del sistema jurídico al que pertenece (normas dispositivas), cuando (d) restringe los derechos y obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato de tal manera que amenaza su objeto o el equilibrio contractual, o (e) se muestre excesivamente onerosa para el consumidor considerando la naturaleza, el contenido del contrato o los intereses de las partes (art. 51, parág. 1, aps. I, II, y III)³⁶.

(b) Otra fórmula se halla constituida por aquellas normativas que siguen los lineamientos de la directiva 93-13 de la CEE que, en lo esencial, consagra como cláusula abierta aquella por la que considera abusivas las cláusulas que, pese a las (a) exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un (b) desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes (art. 3º ap. 1). En el sentido indicado, por ejemplo, los artículos 1469 bis, Italia y 132-1, Code de la consommation, Francia.

XXIII. UNA DE LAS CLÁUSULAS ABIERTAS EN ARGENTINA: “LAS QUE DESNATURALIZAN LAS OBLIGACIONES”. NOCIÓN

Una de las dos cláusulas abiertas incluidas por la ley argentina (art. 37 inc. a, Ley 24.240) es aquella por la que se establece que “se tendrán por no convenidas” las cláusulas que desnaturalizan, alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

La expresión desnaturalización de la relación obligacional debe entenderse en el sentido que, por aplicación de una o más cláusulas, se altere significativamente la relación:

(a) ampliando los derechos del profesional con daño al consumidor;

(b) reduciendo o suprimiendo las cargas u obligaciones del profesional;

(c) reduciendo u suprimiendo los derechos del consumidor;

(d) ampliando las cargas u obligaciones del consumidor.

Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad (manifiesto) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia. Cuando la cláusula contestada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho,

el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del desequilibrio significativo³⁷.

XXIV. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVA DE UNA CLÁUSULA. LA NULIDAD PARCIAL

Pacíficamente la cuestión se decide por la nulidad de la cláusula abusiva y por la conservación del contrato, “si es que éste puede subsistir sin las Cláusulas abusivas” (art. 6º ap. 1, directiva 93-13, CEE.; art. 1469 quinquies, Cód. Civil, Italia; parág. 6 ap. I, AGB-Gesetz; art. 132-1, Code de la Consommation, Francia; art. 51, parág. 2, Brasil).

Argentina participa del criterio legal expuesto, dado que el efecto que sigue a la declaración de abusiva de una cláusula se halla constituido por la nulidad parcial del contrato, en razón que se la tiene por no convenida. Precisamente el artículo 37 de la Ley 24240 comienza por aquél: “Sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas...”.

Con relación a las mencionadas taxativamente en el texto legal como “no convenidas”, la cláusula limitativa de responsabilidad por daños y la que consagre la inversión de la carga de la prueba, dado su carácter manifiesto, torna inexorable la declaración de nulidad.

³⁶ Con un mayor rigor de técnica legislativa, la cláusula abierta no debería integrar la lista de cláusulas abusivas sino que debería constituir una disposición legal autónoma como, por ejemplo, el parágrafo 9 del AGB-Gesetz. La misma crítica la hacemos extensiva a la Ley 26/1984 vigente en España dado que en el artículo 10 inc. 3 aparece regulada su cláusula abierta: (a) perjuicio desproporcionado o no equitativo o que (b) comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

³⁷ G. Romagnoli. Clausole vessatorie e contratti d'impresa, Roma, Cedam, 1997, p. 49.

Cuando se halle cuestionada la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas precedentemente, el juez deberá realizar un test de confrontación entre las cláusulas cuya legitimidad se conteste y las normas constitucionales, legales y principios generales. Ello constituye un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por importar renuncia o restricción a sus derechos, por lo que requieren de una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto.

Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario” (art. 37 *in fine*).

En cuanto a la posibilidad material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial el Código civil suministra una pauta (nulidad completa o parcial) pero no un criterio apto para ese propósito (art. 1039, Cód. Civil).

Por lo que habrá que acudir a directivas de interpretación como la de (a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, (b) la de prevalencia del principio de conservación del acto y su correlato el de la incomunicabilidad de la nulidad y la (c) divisibilidad de la prestación³⁸. Cuando el negocio pueda subsistir –lógica y finalísticamente–, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado.

XXV. ACCESO DEL CONSUMIDOR

A LA JUSTICIA

Lo aconsejable consiste, dada la trascendencia de la cuestión –nulidad parcial de un contrato que afecta los intereses económicos del consumidor–, en establecer el procedimiento más abreviado de acceso a la justicia que preserve una adecuada y eficaz protección.

En Argentina así lo establece el artículo 53 de la “Ley de Defensa del Consumidor”, 24.240: “Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente”.

Según los casos, corresponderá el procedimiento sumarísimo (art. 321 de los Códigos procesales en lo civil y comercial de la Nación y la Provincia de Buenos Aires) o normas concordantes de otras provincias.

La solución permite superar uno de los esenciales obstáculos para el acceso del consumidor a la justicia, constituido por su lentitud³⁹.

Lo propio acontece en Brasil, cuyo Código de Defensa del Consumidor admite “para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código” la aplicación de “todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela” (art. 83).

La ley argentina reconoce legitimación (a) al consumidor individualmente, (b) al Ministerio Público y (c) a las Asociaciones de Consumidores constituidas cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores (art. 52).

También la Constitución Nacional (art. 43) suministra legitimación para ejercer la acción de amparo, contra violaciones o amenazas inminentes a los derechos de los consumidores. Puede accionar el consumidor individualmente, las asociaciones de consumidores y el Defensor del Pueblo.

Estas legitimaciones colectivas constituyen una eficaz solución para superar el obstáculo que, para el acceso a la justicia, constituye la “soledad” del consumidor⁴⁰.

³⁸ M. Ruiz Muñoz. La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Valladolid, Lex nova, 1993, p. 300; R. S. Stiglitz y G. A. Stiglitz. *Op. Cit.*, p. 288.

³⁹ R. Perrot. Para un proceso civil eficaz, Barcelona, F. Ramos, 1982, pp. 184 y ss.

⁴⁰ G. Stiglitz. Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios, Rosario, Juris, 1997, pp. 90 y ss.

El Código brasileño de defensa del consumidor, reconoce el ejercicio de acciones individuales o a título colectivo cuando se hallen afectados intereses difusos (art. 81 ap. I) e intereses colectivos (art. 81 ap. II).

La recomendación mínima suministrada por la directiva 93-13 de la Comunidad Económica Europea hace referencia a la necesidad de que “los Estados miembros velarán para que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas...” (art. 7º ap. 1).

En el sentido indicado, el artículo 1469 sexies, Código Civil de Italia ha emplazado una acción inhibitoria, atribuida a las asociaciones representativas de consumidores y de los profesionales así como a la Cámara de Comercio, Industria, Artesanato y Agricultura, los cuales se hallan legitimadas para requerir judicialmente se disponga la inhibición del uso de condiciones generales cuya abusividad se haya comprobado. Tratándose de una medida precautoria podrá ser concedida cuando haya justos motivos

de urgencia, pudiendo el juez disponer que el proveído sea publicado en uno o más periódicos de los cuales uno, al menos, sea de difusión nacional.

También se reconocen legitimaciones colectivas en España donde particularmente se consagra (a) acción de cesación, que tiene por objeto obtener una sentencia por la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Asimismo, se disciplina la (b) acción de retractación por el que se insta imponer al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las condiciones generales que se consideren nulas (art. 12 incs. 2 y 3).

Las referidas acciones podrán ser ejercitadas por: (a) asociaciones de empresarios, (b) Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, (c) asociaciones de consumidores, (d) el Instituto Nacional de Consumo, (e) los colegios profesionales, (f) el Ministerio Fiscal.



En la fotografía el Dr. Hernando Parra Nieto, Emilio José Archila Peñalosa, Dr Fernando Hiestrosa y el Dr. Ruben Stiglitz, durante un almuerzo en el marco de la Conferencia sobre “Derechos del Consumidor”, realizada en el Auditorio de la Universidad, 1998.