

El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación

Hernández, Carlos A.

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero) , 51

Sumario: I. Introducción.— II. La tipificación del contrato por adhesión en el contexto de las modalidades contractuales.— III. El contrato por adhesión como expresión de la quiebra conceptual de la categoría contractual. Consolidación de tendencias preexistentes a la reciente reforma.— IV. La interpretación del contrato en su relación con el fraccionamiento de la categoría: la hermenéutica de los contratos por adhesión.— V. Sobre los mecanismos de inclusión de las cláusulas predisuestas en los contratos por adhesión.— VI. Instrumentos para el control de contenido del contrato por adhesión: los criterios de desestimación de cláusulas abusivas.— VII. Diálogo entre las normas del contrato por adhesión y las del contrato de consumo: el acierto del nuevo régimen legal.

Cita Online: AR/DOC/428/2015

Voces

I. Introducción

Adentrarse en el tema del "contrato por adhesión", supone hacerlo a una problemática que ha devenido clásica para la teoría del contrato (1), pero que a la vez, sigue presentando aristas de marcado interés, en gran medida a consecuencia de sus implicancias prácticas.

Inicialmente recordamos que el "contrato por adhesión" se inscribe dentro del fenómeno de la predisposición contractual, la que puede verificarse aisladamente, esto es, respecto de un contrato en particular celebrado por el predisponente, o de modo masivo como requerimiento de las grandes empresas comerciales, que exigen la estandarización no sólo de las relaciones contractuales que celebran con los usuarios y consumidores, sino también de las que conciertan con las empresas con las cuales suscriben acuerdos de colaboración para conformar redes de comercialización de sus productos y servicios (2). En sí misma, la predisposición no constituye una práctica disvaliosa (3), sin perjuicio de lo cual la adhesión del no predisponente requiere de una mirada más atenta para discernir adecuadamente el consentimiento así formado, y evitar se la utilice como mecanismo de traslación de riesgos por quienes detentan un mayor poder negocial (4).

En esta ocasión nos proponemos abordarlo (5) desde la perspectiva que aporta el Código Civil y Comercial de la Nación (6), que no sólo se ocupa de tipificarlo, sino de disciplinar sus principales efectos, en especial la consagración de reglas hermenéuticas especiales (arts. 986 y 987), junto a mecanismos de inclusión (art. 985) y de control sustancial de las cláusulas predisuestas (art. 988). No habremos de soslayar que el nuevo régimen lo hace en el marco de un adecuado diálogo con la categoría de los contratos de consumo, aunque consciente de que su principal aporte se da fuera del ámbito de aplicación de estos últimos. Sobre todos estos tópicos habremos de pasar breve revista, destacando inicialmente que las normas incorporadas a nuestro sistema jurídico suponen una consolidación y avance en torno a la protección de la debilidad jurídica en el plano contractual (7), por lo cual estamos convencidos que no habrán de presentar dificultades a la hora de su aplicación, salvo las que derivan de las habituales resistencias a admitir —por algunos sectores— limitaciones razonables a la autonomía de la voluntad.

II. La tipificación del contrato por adhesión en el contexto de las modalidades contractuales

El nuevo Código regula muchas de las modalidades de contratación reconocidas en la vida negocial (contratos preliminares —arts. 994 a 996—; contrato por persona a designar —art. 1029—; contrato por cuenta de quien corresponda —art. 1030—; subcontrato —art. 1069 a 1072—) superando las lagunas que tradicionalmente existieron sobre la materia. Lo hace a medida que se abordan los diferentes temas de la teoría general del contrato con los cuales se relacionan. De tal modo, su tratamiento privilegia la respectiva pertenencia conceptual, y el sentido que resulta de los fines prácticos a los que está llamada a cumplir cada figura.

Dentro de ese elenco de modalidades cabe situar al "contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas", disciplinado en los arts. 984 a 989 del Código unificado. Esa pertenencia ha sido puesta de manifiesto en los propios "Fundamentos" que acompañaron al Anteproyecto de Reformas —antecedente directo de aquél— en cuanto allí se dijo que "El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento" (8).

La definición que brinda el art. 984 es elocuente en tal sentido, al afirmar que "El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción". El dato relevante se sitúa así en el modo o forma de arribar al consentimiento, problemática típica de las modalidades contractuales. Reafirmando esta idea, la Comisión Reformadora ha dicho en sus fundamentos que "El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere" (9).

Todo lo dicho se refleja en el método empleado por el reformador, que sitúa a la Sección 2ª relativa a los "Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas" dentro del Capítulo 3 sobre "Formación del consentimiento". Lo hace empleando un criterio lineal —de sencilla comprensión para los operadores jurídicos— (10), que prescinde de las distinciones tradicionalmente trazadas por un sector de nuestra doctrina entre "contratos predispuestos" y "contratos por adhesión" (11). El camino elegido supone apartarse de la postura adoptada por el Proyecto de 1998 (12), que en sintonía con los proyectos precedentes (13) y algunas soluciones del Derecho Comparado (14), diferenciaba entre el "contrato predispuesto", visto como "...aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes..." (art. 899, inc. c) (15), del celebrado por adhesión, entendido como el "...contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación" (art. 899, inc. e).

III. El contrato por adhesión como expresión de la quiebra conceptual de la categoría contractual. Consolidación de tendencias preexistentes a la reciente reforma

La recepción expresa del "contrato por adhesión" importa además, aceptar una categoría jurídica, que al igual que ocurre con el "contrato de consumo", implica un quiebre en la noción única de contrato, y marca la apertura hacia una concepción más objetivada (16). Sobre el particular, los "Fundamentos" que acompañaron al Anteproyecto expresaron con claridad que "El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: a.— Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b.— Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c.— Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante".

Lo dicho nos llevan a coincidir con quienes entienden que "...la modalidad de los 'contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas' constituiría un 'tercer género de contrato' ... que se ubicaría a mitad de camino entre la 'regla general', identificada con los 'contratos discrecionales', 'paritarios' o 'negociados' y la otra 'categoría especial' de los negocios contractuales constituida por los 'contratos de consumo'" (17). La cuestión no resulta desprovista de importantes consecuencias técnicas y prácticas (18), que en lo que conciernen al "contrato por adhesión", abordaremos someramente en este trabajo, en ocasión del racconto de sus principales efectos, ostensiblemente asimétricos con los que se reconocen respecto de los discrecionales o paritarios.

Por esta vía, se consolida una importante tendencia encaminada a imponer límites al poder de configuración unilateral del contenido del contrato, con sustento en los principios informadores del Derecho Privado (vg. buena fe; abuso de derecho, etc.), y en un número significativo de leyes especiales, que dan cuenta de un "orden público económico de protección", que morigera, el rigorismo del "pacta sunt servanda".

IV. La interpretación del contrato en su relación con el fraccionamiento de la categoría: la hermenéutica de los contratos por adhesión

Como hemos visto en el punto precedente, la teoría del contrato se encuentra signada en el nuevo Código por su fragmentación, dado que junto a la categoría general del contrato (art. 957), se reconocen los "contratos por adhesión a condiciones generales de contratación" (art. 984) y los

contratos de consumo (art. 1093). Un efecto central que deriva del distinguo, reside en la cuestión hermenéutica.

De ello resulta que las normas del Capítulo 10 de la teoría general —sobre "Interpretación"—, no desconocen la supremacía —en lo pertinente— de las reglas especiales previstas para los "contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas" en los arts. 986 y 987, y en el art. 1095 del Código unificado y en el art. 37 de Ley 24.240, en lo que respecta a los de consumo.

Sin embargo, dichas reglas particulares, exigen algunas precisiones, a saber:

1) Su admisión no puede soslayar la trascendencia que revisten las directivas generales del nuevo Código. Ello ocurre con la buena fe y la razonabilidad como habremos de verlo seguidamente. En tal sentido, el art. 1061, al expresar que "El contrato debe interpretarse conforme ... al principio de la buena fe", cumple la función de fijar los horizontes generales que ha de gobernar la tarea interpretativa. El texto guarda directa relación con el art. 961 que dispone "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Como bien se ha dicho en nuestra doctrina anterior a la reforma, "Aplicado a la interpretación, el principio de la buena fe significa que en un caso concreto el hombre debe y confía que una declaración de voluntad surtirá sus efectos usuales, los mismos efectos que se han producido, por lo general, en casos similares" (19). Allí aparece el nexo entre buena fe y razonabilidad —que ahora señala la última parte del art. 961—, en tanto ésta última reenvía a la realidad, exigiendo obrar de acuerdo a lo que resulta usual en el mercado (20) (21). De este modo, no puede dudarse que la razonabilidad obra como una determinación más precisa de la buena fe, dado que para reconstruir aquello que las partes entendieron, habitualmente será necesario partir de los criterios derivados de la aceptación general con un sentido humano de valoración, tomando en cuenta el tipo de contrato perfeccionado y la realidad económico—social circundante (22), de todo lo cual parecería no poder sustraerse el "contrato por adhesión".

2) En cuanto al contenido de las reglas propias de los "contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas", cabe ponderar diferentes cuestiones. Así:

A) El art. 986 establece que "Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas". Para justificar la regla convergen múltiples razones. En primer lugar, desde la teoría jurídica, el contrato es una categoría afín a la idea de norma individual —no general como la ley—, lo que hace comprensible el sentido de la pauta que aquí consideramos. En segundo término, en un contexto de predisposición, parece lógico dar prevalencia a las cláusulas particulares sobre las generales, desde que presumen un mayor grado de ajuste al negocio concreto en el cual fueron volcadas. Finalmente, el particularismo de la cláusula denota la existencia de negociación —al menos en algún nivel o grado—, lo que aleja a dicha cláusula del esquema de prerredacción por parte del predisponente.

B) El art. 987 dispone que "Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente". Sobre ella se ha dicho que "Se trata de la traducción legal de una vieja regla, creada con la teoría misma de la predisposición contractual: quien redacta la cláusula es quien está en condiciones de hacerlo de manera clara y sin ambages. Si, a pesar de su posición prevaleciente al poder confeccionar la cláusula, quien redacta lo hace de un modo no comprensible, entonces debe interpretarse del modo más protectorio para la parte que adhiere al contrato" (23).

La solución no debe confundirse con el último párrafo del artículo 3° de la Ley 24.240 ni con el art. 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto establecen que en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, toda vez que esta última —'favor consumidor'— constituye una versión más avanzada y protectoria que la primera —'contra proferentem'—, toda vez que, beneficia a los consumidores, en todos los contratos —predispuestos o negociados— y tanto en las cláusulas claras como en las contradictorias.

Pese a ello, no puede negarse, que fuera del ámbito de los contratos de consumo, la regla clásica "favor debitoris" —históricamente reconocida en el art. 218 inc. 7 del Código de Comercio derogado—, asume el ropaje de la directiva "'contra proferentem' o 'contra stipulatorem' cuando es vista desde la

perspectiva del predisponente (24). Sobre la misma, sabemos que nuestra doctrina colectiva, en ocasión de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil propuso que "I. La regla favor debitoris es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones". Coherente con ello, el nuevo Código, contiene en el art. 1068 una norma residual de clausura, por la cual se dispone que "Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". Siguiendo los criterios doctrinarios prevalecientes, traza diferencias entre los contratos onerosos y los gratuitos (25). Se ratifica la regla hermenéutica de equidad prevista en el art. 218 inc. 3 del Código de Comercio derogado, que escaso interés despertó en nuestra doctrina y jurisprudencia, y que llevaba a entender las cláusulas del contrato en atención a los intereses de ambas partes, según una razonable y equilibrada distribución, atendiendo a la existencia de un plan de prestaciones recíprocas.

V. Sobre los mecanismos de inclusión de las cláusulas predispuestas en los contratos por adhesión

El art. 985, bajo el título "Requisitos", se ocupa del llamado "control de inclusión o incorporación" de las cláusulas predispuestas (26). En él se afirma que "Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares". La fórmula es similar a la empleada por la Ley de defensa del consumidor (27), y por algunas regulaciones comparadas relativas a condiciones generales de contratación (28).

Desde una mirada sistémica, debe vérselo como una manifestación del "deber de información" que actúa en la etapa "precontractual", toda vez que atiende a garantizar que el adherente resulte informado de las condiciones jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, y a emitir un consentimiento esclarecido, y por tanto plenamente eficaz (29). En definitiva, por él se propugna que las cláusulas contractuales predispuestas, sean sometidas a priori, a un severo "control de inclusión", determinándose si fueron suficientemente "conocidas" por el adherente (30).

De esta manera, el régimen general evidencia un nuevo punto de contacto con el subsistema de defensa del consumidor, en donde el control de incorporación, además de encontrarse receptado, ha sido provechosamente aplicado —desde hace tiempo— por nuestra jurisprudencia. Así, en la causa "Finvercon S.A. c/ Pierro, Claudia A."(31), originada con motivo del cobro de una deuda resultante de la utilización de una tarjeta de crédito, en la cual se reclamaba no sólo el capital, sino también los intereses compensatorios equivalentes a una tasa del 82,46 % anual y los intereses moratorios del 0,113 % diario, la demandada petitionó la no aplicación de la cláusula sobre intereses, con sustento en la conducta del demandante, que al tiempo de la "formación del contrato" no había explicitado el método utilizado para su cálculo. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la defensa articulada, considerando nula la cláusula en cuestión, sobre la base del incumplimiento de la obligación de informar que pesaba sobre el accionante. Posteriormente, la Cámara Nacional Comercial, sala B, confirmó la referida sentencia, afirmando que "...dado que la emisora no anotició leal y correctamente el alcance de la obligaciones del adherente, a pesar de ejercer profesionalmente la prestación de un servicio oneroso de alcance típicamente masivo, incumplió obligaciones a su cargo al no informar sobre el cálculo de las tasas de interés, razón por la cual es improcedente su pretensión de cobrar los intereses predispuestos en el contrato de modo confuso e impreciso". En sintonía con el párrafo tercero del art. 37 de la Ley 24.240 (32), la cláusula fue considerada ineficaz, habida cuenta que no sólo había sido confusamente predispuesta, sino que además no se había otorgado coetáneamente la información necesaria para que el usuario desentrañara el sentido y alcance de la misma. Más recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en autos "Argañaraz, Hugo E. c/ Alvarengo, José Daniel s/daños y perjuicios"(33), sostuvo que "La invocación de una exclusión de cobertura es improcedente, si la aseguradora no entregó al tomador del seguro la póliza que incluyera las condiciones generales ni acompañó dicho instrumento al expediente, pues ello implica un incumplimiento del deber de información previsto en el art. 11 de la Ley 11.418", y que "La entrega de las condiciones generales que ordena el art. 11 de la Ley de Seguros debe

interpretarse como el cumplimiento del deber esencial de información al consumidor contenido en el art.42 de la Constitución Nacional y en el art. 4 de la Ley 24.240".

VI. Instrumentos para el control de contenido del contrato por adhesión: los criterios de desestimación de cláusulas abusivas

El Código unificado no detiene la protección del adherente al "control de inclusión o incorporación" — que vimos en el punto anterior—, sino que se articula —en concordancia con las legislaciones más avanzadas del Derecho Comparado— con un sistema de "control sustancial o de contenido" de cláusulas abusivas (34). A tales fines el art. 988 establece que "En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles".

De este modo, se otorga especial relevancia al equilibrio contractual en los contratos por adhesión (35), lo que no sorprende, habida cuenta que se trata de una tendencia universal. A título meramente enunciativo —dado el carácter de este aporte— recordamos que constituye un ejemplo paradigmático de lo dicho, la Directiva de la Comunidad Europea 93/13, del 5 de abril de 1993, cuyo artículo 3 establece que "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", agregando el artículo siguiente que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni 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" (36). Del mismo modo, la experiencia latinoamericana es concordante; Brasil aporta un modelo que encuentra importantes puntos de conexión con la legislación europea (37), en cuanto el parágrafo IV del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor consagra una regla general que califica como abusiva a las cláusulas contractuales que "establezcan obligaciones consideradas inicuas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad"(38).

En orden a la consideración particular del art. 988, señalamos los aspectos que juzgamos sobresalientes, a saber:

1) Se recurre a un "lacónico" diseño general, que resulta particularmente acertado (39). Aunque el texto podría hacer pensar en su insuficiencia, siempre hemos creído que "La utilidad de un régimen legal relativo a 'cláusulas abusivas' se mide no tanto por la incorporación de un extenso catálogo de cláusulas desestimables de pleno derecho, sino más bien por la recepción de 'normas abiertas' o 'estándares' que puedan adaptarse a las cambiantes, y a veces sutiles formas bajo las cuales los predisponentes suelen ofrecer sus condiciones. No pasa inadvertido que interesantes modelos legislativos sobre la materia ... además de establecer listados de cláusulas susceptibles de desestimación, recurren a 'estándares' o 'principios válvulas' a fin de evitar la rápida obsolescencia del herramental legislativo creado" (40). En el mismo sentido Mosset Iturraspe —citando a Dereux— ha dicho que "...resolver la cuestión, en base a leyes prohibitivas de determinadas cláusulas, valdría tanto como armarse de un fusil para alejar las avispas que cubren una torta de miel; el plomo mataría sólo a algunas avispas pero, sin dudas, arruinaría la torta"(41).

2) Se persigue integrar la laguna existente hasta la fecha, dado que los Códigos Civil y Comercial derogados, carecían de disposiciones específicas para los contratos predispuestos y por adhesión, en gran medida porque la problemática que venimos analizando se intensificó a partir de la última postguerra. Lo dicho no desconoce algunas normas particulares del Código de Vélez, que impusieron límites a la "autonomía de la voluntad", tales como, la relativa a la prohibición de la "dispensa anticipada del dolo del deudor al contraerse la obligación" (art. 507 del Cód. Civ.), o la del art. 2232 que admite que "El posadero no se exime de la responsabilidad que se le impone por las leyes de este Capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, será de ningún valor". En la misma dirección, no puede negarse la importante contribución de la reforma introducida por la ley 17.711, al incorporar estándares generales, en particular el de buena fe —repcionado en el art. 1198 primer párrafo— que facilitó el control judicial de cláusulas abusivas, violatorias de aquella regla (42). Sin embargo, el régimen era incompleto e insuficiente, por lo cual el

aporte del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al tiempo que afianza la justicia contractual hace lo propio con la seguridad jurídica.

3) El control de contenido se estructura sobre la base de estándares o normas abiertas, que tienen una larga prosapia entre nosotros (43). En este punto, la simetría entre el art. 988 del nuevo Código y la ley 24.240 es notoria, en especial en lo que concierne a las nociones de "desnaturalización de las obligaciones del predisponente" y "renuncia o restricción a los derechos del adherente", que provienen del Proyecto de Código Civil de 1987 (44), de donde pasaron luego a la ley de "Defensa del consumidor" y a varios de los Proyectos de reforma.

Sobre el contenido o alcance del enunciado en primer lugar, los fundamentos del Proyecto de 1998 lo describen con elocuencia, en cuanto allí se decía que "...los tribunales están habilitados para intervenir en los contratos predispuestos y en los contratos celebrados por adhesión, principalmente para evitar su desnaturalización, la cual constituye un estándar de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones...y que se relaciona con la causa final entendida como el propósito común de las partes de alcanzar un resultado económico y jurídico" (45). En sentido concordante la jurisprudencia ha hecho una rica aplicación del mismo en pluralidad de situaciones. Así, en un conflicto entre una automotriz y la empresa que había actuado como representante de aquélla en la comercialización de planes de ahorro, se afirmó que la predisposición contractual no puede desnaturalizar "...los principios esenciales del ordenamiento, las razones económicas y sustentantes del acuerdo y lo que las partes razonablemente programaron como finalidad del contrato celebrado..." (46). En otro caso, en donde se juzgaba el alcance de una cobertura asegurativa se dijo que "Las cláusulas claims made resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurador" (47). El estándar también ha tenido reciente aplicación en un contrato de medicina prepaga (48). Allí se afirmó que "La cláusula que excluye la cobertura de accidentes de tránsito en el contrato de medicina prepaga es abusiva, pues desnaturaliza las obligaciones y el equilibrio del contrato".

Por su parte, el estándar que tiene por no convenida a las cláusulas "...que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias", también ha venido afianzándose en la jurisprudencia en el ámbito de las relaciones de consumo, en donde se lo ha tomado con frecuencia (49). Como bien se ha destacado, la referencia al derecho supletorio es muy significativo, desde que "...el Derecho positivo no imperativo constituye, en los contratos por adhesión, el mínimo no derogable; los derechos y facultades reconocidos por las normas generales a favor del adherente no pueden ser restringidos, y los derechos que esas normas reconocen al predisponente no pueden ser ampliados. El Derecho supletorio es el modelo de comparación para delimitar la abusividad de la cláusula predispuesta" (50).

Finalmente, el Código unificado admite la abusividad de aquellas cláusulas que "por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles". El texto supone una apertura a la categoría jurídica de la "sorpresa", con fuerte raigambre en el Derecho Comparado (51), en especial, con institutos vinculados con los estándares jurídicos. Su recepción en el nuevo sistema de Derecho Privado es plausible en un doble sentido: a) Es la culminación de un proceso con diferentes antecedentes nacionales (52). Así, el Proyecto de 1998 la mencionaba en su artículo 327 como uno de los estados subjetivos del lesionante (53). Del mismo modo, en los contratos de consumo la apertura a la "sorpresa" es aún más intensa, desde que las prácticas "sorpresivas" resultan expresamente tipificadas y combatidas (arts. 32, 33 y 34, Ley 24.240), lo que se ha visto también consolidado en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1104 y ss.); b) Constituye una pauta de descalificación éticamente irreprochable, desde que no se comprende de qué modo podría integrar el contrato una cláusula inesperada (54). Por lo demás, para su apreciación, el art. 988 emplea el recurso a la "razonabilidad", a la que hemos tratado en el punto IV precedente, al que remitimos.

4) "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad" (art. 989). Se trata de una cuestión que se encuentra consolidada entre nosotros, pero que no deja de presentar interés por su repercusión en áreas sensibles como la de los contratos de seguros, bancarios, de ahorro previo, etc. (55).

VII. Diálogo entre las normas del contrato por adhesión y las del contrato de consumo: el acierto del nuevo régimen legal

Para concluir no podemos dejar de expresar nuestro beneplácito con la decisión del reformador de consagrar un régimen de cláusulas abusivas, con lazos marcados entre los "contratos por adhesión", y los "contratos de consumo".

El legislador no ha querido dejar dudas al respecto, desde que metodológicamente, la tipificación de las cláusulas abusivas en los primeros, resulta aplicable a los segundos, conforme lo previsto en el art. 1117, el que dispone que "Se aplican en este Capítulo (contratos de consumo) lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes". A ello ha contribuido —como ya se sostuvo— el hecho que los límites expresados por el nuevo Código —en gran medida— ya estaban expuestos en la ley Defensa del Consumidor, que tiene por no convenientes a las cláusulas que "limitan la responsabilidad por daños" y que invierten "la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", además de establecer como estándares de descalificación a la "desnaturalización de las obligaciones de las partes" y a la "renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la contraparte"⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾.

Como lo hemos expresado en estudios precedentes ⁽⁵⁸⁾, esta decisión de política legislativa no resulta sorpresiva ni inadecuada, dado que al tiempo que venía construyéndose en la jurisprudencia sobre los contratos por adhesión entre empresas ⁽⁵⁹⁾, se arraigada en la doctrina al amparo del principio de protección de toda "debilidad jurídica"⁽⁶⁰⁾. No se trata además de un fenómeno local, sino de una problemática que se reconoce en otros ordenamientos ⁽⁶¹⁾.

(1) (1) Sólo en la doctrina argentina pueden consultarse desde hace décadas, múltiples estudios sobre la materia, entre los que recordamos a los siguientes: ALTERINI, Atilio A., *Contratos Civiles-Comerciales-De Consumo. Teoría General*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, págs. 125 y sgts.; MOSSET ITURRASPE, Jorge "El contrato por adhesión en la doctrina, legislación y jurisprudencia", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L., Año XXI (3ª Epoca), N° 98 a 99*, Santa Fe, 1959, págs. 511 y sgts. y *Contratos*, Ediar, Bs. As., 1981, págs. 125 y sgts.; REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Bs. As., 1987; STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Depalma, Bs. As., 1985; VALLESPINOS, Carlos G., *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Universidad, Bs. As., 1984 y VIDELA ESCALADA, Federico, "Contratos por adhesión", en *Homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Bs. As., 1968, págs. 717 y sgts.

(2) (2) MAGGIOLO, Marcelo, *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996.

(3) (3) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, T. I, pág. 139.

(4) (4) STIGLITZ, Rubén S., "Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *LA LEY 2014-E*, pág. 1332 y ss.

(5) (5) Sobre esta problemática y sus efectos nos hemos ocupado en varios estudios previos, entre otros: FRESNEDA SAIEG, Mónica L. - ESBORRAZ, David F. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1994-III, pág. 944 y ss. HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo - ESBORRAZ, David Fabio, "La problemática de las cláusulas abusivas en el Estatuto argentino de defensa del consumidor", en *Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario (P.U.C.A.)*, Rosario, 1997, vol. I, pág. 90 y ss. NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. - FRESNEDA SAIEG, Mónica, "Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual", *RCyS*, 2000, pág. 239 y ss. HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo - ESBORRAZ, David Fabio, "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria", en *AA.VV, Abuso de derecho*, Buenos Aires, 2006, pág. 29 y ss.

(6) (6) Sobre el Proyecto de 2012 pueden verse valiosos aportes: GASTALDI, José María - GASTALDI, José Mariano, "Los contratos en general" en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AAVV, dirigido por Julio César RIVERA y coordinado por Graciela MEDINA, pág. 592 y ss. MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERON, Maximiliano Rafael, "Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", *DPyC*, 2014-1, pág. 267 y ss. ESBORRAZ, David Fabio, "Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas

generales predispuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)", RCyS 2014-VII, pág. 15 y ss. y CRACOGNA, Dante, "Contratos por adhesión", RDCCE 2012, Año III, N° 5, pág. 232 y ss. Más recientemente puede consultarse a CILIBERTO, Leonel Javier, "Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y su aparición en el nuevo Código Civil y Comercial", publicado en DJ del 31/12/2014, pág. 9.

(7) (7) NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos de Derecho Contractual", La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, pág. 231.

(8) (8) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2012, pág. 626.

(9) (9) Idem.

(10) (10) En los citados "Fundamentos" se dijo que "...hemos preferido una solución que parece más simple, regulando el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales y, dentro de la Sección, fijando algunas reglas para la redacción de cláusulas predispuestas", ibidem.

(11) (11) En un interesante trabajo sobre la materia, el Dr. Roberto H. Brebbia propugnaba diferenciar los "contratos predispuestos" de aquellos celebrados "por adhesión", de conformidad al rol que a cada uno de ellos le correspondía en el "período precontractual", en "Nuevas modalidades del consentimiento ante el Código Civil", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, N° XII, págs. 941 y sgts; este trabajo puede vérselo asimismo en "Instituciones de Derecho Civil", Juris, 1997, T. I., págs. 195 y sgts.

(12) (12) V. "Proyecto de Código Civil de la República Argentina", Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Bs. As., 1999. No debe olvidarse que el mismo ha sido tomado como punto de partida para los trabajos de la última Comisión Reformadora.

(13) (13) Tanto el Proyecto de Código Civil de 1987 (art. 1157, primera parte), cuanto el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada por el P.E.N mediante decreto 468/92 (art. 870, primera parte) y el Proyecto de Código Civil elaborado por la denominada Comisión Federal (art. 1157 primera parte) aludían expresamente a la categoría de los "contratos con cláusulas predispuestas".

(14) (14) El primer párrafo del art. 1379 del moderno Código de Quebec establece expresamente que "el contrato es por adhesión cuando las estipulaciones esenciales en él contenidas han sido impuestas por una de las partes o redactadas por ella, por su cuenta o siguiendo sus instrucciones, y que no pudieron ser libremente discutidas".

(15) (15) Además, el Proyecto de 1998 colocaba en una relación de género a especie a los "contratos predispuestos" respecto de las "condiciones generales de contratación", al definir a éstas como "...las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado" (art. 899, inc. d).

(16) (16) Así, encuentra recepción una importante corriente de opinión dentro de la doctrina nacional contemporánea, p. v. NICOLAU, Noemí L., Fundamentos de Derecho Contractual, op. cit., pág. 195.

(17) (17) ESBORRAZ, David Fabio, "Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)", op. cit.

(18) (18) Tradicionalmente se reconoce que "Es menester distinguir conceptualmente el contrato tradicional del negocio jurídico masificado. En tanto el sistema clásico atiende fundamentalmente a la intención común de las partes, y provee normas generalmente supletorias y de carácter abstracto, el régimen estatutario moderno debe subrayar la noción de equivalencia, ser de carácter imperativo -orden público económico- y atender la situación particular de las partes (despacho II.3)"; ver despacho de la Comisión N° 8 de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche 1989) -a propuesta de la ponencia de la Dra. Noemí L. NICOLAU-, en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 105.

(19) (19) NICOLAU, Noemí L., Fundamentos de Derecho Contractual, op. cit., pág. 290; HERNÁNDEZ, Carlos A., "El principio de razonabilidad como manifestación del Derecho Contractual de la Postmodernidad", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario "La

contratación en el siglo XXI", Colección de Derecho Privado, El Derecho, Buenos Aires, 2008, pág. 31 y sgtes.

(20) (20) HERNÁNDEZ, Carlos A., "El principio de razonabilidad como manifestación del Derecho Contractual de la Postmodernidad", op. cit. En sentido concordante ARIZA sostiene que "Entendemos que por vía del criterio interpretativo de la buena fe...puede admitirse que los tribunales le otorguen a una cláusula contractual el sentido que personas razonables le hubiesen conferido a esa declaración en las mismas circunstancias", en Interpretación de los contratos, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 138 y ss.

(21) (21) REZZÓNICO, Juan C., Los principios fundamentales de los contratos, Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 536.

(22) (22) En una posición concordante, Giovanni CRISCUOLI propone que "... la lectura de las normas relativas a la buena fe se concrete en clave de razonabilidad...", "Buona fede e ragionevolezza", Rivista di Diritto Civile, 1984, Parte I, pág. 754.

(23) (23) MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERON, Maximiliano Rafael, "Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", op. cit., pág. 273.

(24) (24) STIGLITZ, Rubén S., Contratos civiles y comerciales. Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2010., T. I, pág. 533.

(25) (25) Idem.

(26) (26) La cuestión no es nueva. Sobre el régimen anterior recordaba Juan Carlos REZZÓNICO que "Doctrina y legislación han procurado, pues, superar el irracional deber formal y, colocándose del lado de los deberes negociales del estipulante o predisponente, han cargado a éste con la obligación de hacer expresa referencia a las condiciones por él establecidas. La AGB-Gesetz ha dedicado parte de un párrafo a determinar la obligación que pesa sobre el estipulante a este respecto. Aunque se trata de un cuerpo legal que no tiene su correspondiente en Argentina, lo que allí se dispone no es más que una reglamentación -diríamos- de elementales deberes de buena fe, y por tanto, vigentes para nosotros a través de la norma abierta del art. 1198, párrafo 1º del Código Civil" Contratos con cláusulas predisuestas, op. cit., pág. 417.

(27) (27) El segundo párrafo del art. 10 dispone que "La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley".

(28) (28) En el Derecho Comparado, la ley española 7/1998 sobre "Condiciones Generales de Contratación", del 13 de abril de 1998, establece una solución similar en su art. 5.1., párrafo segundo, el cual expresamente dispone que "no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

(29) (29) CASIELLO, Juan José, "El deber de información precontractual", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, pág. 39 y sgts. En el derecho español puede verse a LLOBET I AGUADO, Josep, "El deber de información en la formación de los contratos", Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 34 y sgts.

(30) (30) LORENZETTI, Ricardo, "Comentarios críticos de jurisprudencia. Contratos", Revista de Derecho Privado y Comunitario (Seguros-II), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 20, pág. 302 y sgts. En el derecho español puede verse a AGUILA REAL, Jesús Alfaro, "Las condiciones generales de contratación", Civitas, Madrid, 1991, pág. 203 y sgts.

(31) (31) CNCom, sala B, abril 28-998, LA LEY 1998-C, pág. 623 y sgts.

(32) (32) Expresamente dispone que "en caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la

legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas...".

(33) (33) 25/04/2013, RCyS 2013-IX, pág. 275.

(34) (34) Es evidente que ha sido una decisión del legislador tipificar ambos mecanismos de control. En los "Fundamentos" del Anteproyecto se afirma que "De conformidad con las pautas señaladas por la doctrina argentina, se definen criterios para el control judicial tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido".

(35) (35) STIGLITZ, Rubén S., Contratos civiles y comerciales. Parte General, T. I, op. cit., pág. 533; STIGLITZ, Rubén S., "Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión", RCyS 2009-X, pág. 3 y ss.; STIGLITZ, Gabriel, "La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento La Ley, Noviembre 2014 pág. 138; HERNÁNDEZ, Carlos A. "El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2007-1 "Desequilibrio contractual", Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 250 y ss.

(36) (36) La idea está presente en el art. 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que "No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado...".

(37) (37) La legislación brasileña ha sido influenciada por la legislación alemana sobre la materia, que a su vez, ha constituido un valioso antecedente de la Directiva citada.

(38) (38) LIMA MÁRQUEZ en Comentarios ao Código de Defesa do Consumidor, en coautoría con Antonio H. V. BENJAMÍN y MIRAGEM B., Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2006, pág. 701.

(39) (39) Los "Fundamentos" del Anteproyecto reflejan claramente el criterio del legislador, en cuanto recuerdan que "Los autores opinan que un listado de este tipo es útil, pero que debería estar en la legislación especial, como de hecho ocurre. Una primera razón es que pierden actualidad de modo muy rápido y, en tal caso, surge la necesidad de actualizar el listado, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. Una segunda cuestión es que el abuso de las cláusulas es un fenómeno sectorial, y son distintas las que se pueden observar en la medicina privada, en el turismo, en el crédito al consumo o la venta de automotores. Ello hace que la sede natural sea la legislación especial. Por ello es que hemos preferido un criterio general amplio, que sirva para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial".

(40) (40) HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. - FRESNEDA SAIEG, Mónica, "Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual", op. cit., pág. 243 y ss.

(41) (41) "El contrato por adhesión en la doctrina, legislación y jurisprudencia", op. cit., pág. 533.

(42) (42) Sobre la relevancia de la buena fe como norma de clausura ver a WIEACKER, Franz, EL principio general de la buena fe, trad. cast. y Prólogo de Díez Picazo, Luis, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

(43) (43) Acerca del alcance de los estándares puede verse a LORENZETTI, Ricardo L., "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240, en LA LEY 1994-C, pág. 918 y ESBORRAZ, David F. y HERNÁNDEZ, Carlos A., "La problemática de las cláusulas abusivas ...", op. cit. pág. 96 y sgts.

(44) (44) El art. 1157 de dicho Proyecto disponía que "En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica; 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito"; en Proyecto de Código Civil, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 90. Más allá de la filiación reconocible de los estándares enunciados en el texto, la simple lectura del artículo transcrito demuestra los avances y cambios operados en nuestro régimen legal.

- (45) (45) V. "Proyecto de Código Civil...", op. cit., pág. 49.
- (46) (46) "P. Campanario S.A. c/ Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados", CNCom., Sala B., 24/09/98, LA LEY 1999-II, pág. 22.
- (47) (47) "F. R., C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", CNCiv., sala F, 03/03/2011, LA LEY 2011-B, pág. 406 y ss., con nota de Rubén S. STIGLITZ y María Fabiana COMPIANI.
- (48) (48) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, en autos "F.S.S.P.I.F. c/ L., P. A. y otros s/ cobro sumario sumas de dinero", del 10/07/2014, publicado en: LLBA 2014 (septiembre), pág. 907.
- (49) (49) Así, se dijo que "Debe tenerse por no convenida la cláusula inserta en una póliza de seguro de vida, que establece la falta de pago de la prima y produce la caducidad automática del seguro sin previo aviso al tomador o a los beneficiarios, desde que la apuntada disposición contiene una forma de renuncia o restricción de los derechos de aquéllos que conduce a desequilibrar la economía propia del contrato", en "Gualco, Alba Clara y otro c/ Provincia Seguros S.A.", CNCom., sala C 06/08/2010, La Ley 2011-A , pág. 23.
- (50) (50) MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERON, Maximiliano Rafael, "Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", op. cit., pág. 277.
- (51) (51) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, en Trattato di Diritto Civile. Il Contrato, Utet, Turín, 1993, Tomo 1, págs. 482 y sgts.
- (52) (52) ROCCA, Ival, Teoría de la 'sorpresa' para la revisión del contrato, Bias Editora, Buenos Aires, 1982.
- (53) (53) Textualmente establecía que "la explotación se presume cuando el demandante pruebe algunos de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte ...". Ver HERNÁNDEZ, Carlos A., en NICOLAU, Noemí L. - HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. - FRESNEDA SAIEG, Mónica, "Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual", op. cit., pág. 243 y ss.
- (54) (54) LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 289 y ss. REZZÓNICO, Juan C., Contratos con cláusulas predispuestas, op. cit., pág. 480 y STIGLITZ, Rubén S., Contratos civiles y comerciales. Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2010., T. II, pág. 48.
- (55) (55) CRACOGNA, Dante, "Contratos por adhesión", op. cit., pág. 238.
- (56) (56) STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., Derechos y defensa de los consumidores, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1994, pág. 232 y sigts; FARINA, Juan Manuel, Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94, op. cit., pág. 283 y sigts; LORENZETTI, Ricardo L., "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, 1994, t. 5 (consumidores), pág. 171 y sigts; y BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martin E., "La Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 5, op. cit., pág. 191 y sigts.
- (57) (57) Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. "El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo", op. cit., pág. 256 y ss. En igual sentido puede verse a MOGGIA DE SAMITIER, Catalina; PITA, Enrique Máximo, y SOZZO, Gonzalo, "Cláusulas abusivas en los contratos de consumo", ponencia presentada a la Comisión N° 3 "Protección del consumidor en el ámbito contractual" de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995). Un criterio similar se observa en un agudo trabajo de Ramón D. PIZARRO y Andrés VARIZAT en "La desnaturalización de las obligaciones como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Una interesante doctrina argentina)", LLC 2006, pág. 10 y ss.
- (58) (58) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor? (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)", en Edición homenaje Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE, Universidad Nacional del Litoral, 2005, pág. 197; HERNÁNDEZ, Carlos A. "El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo", op. cit., pág. 256 y ss. MÁRQUEZ, José Fernando - CALDERON, Maximiliano Rafael, comparten la preocupación, afirmando que "La regulación proyectada en materia de contratos celebrados por

adhesión es positiva por múltiples razones, entre ellas: 1. El hecho de no circunscribir el problema de la contratación por adhesión al Derecho del Consumo, ampliando la visión, y con ella, los horizontes de tutela a contratantes débiles no protegidos en el Derecho vigente, por no ser consumidores", en "Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", op. cit., pág. 282.

(59) (59) Así, "P. Campanario SA C/ Plan Ovalo S.A.", op. cit.; "To talk S.A. c/ Minifon S.A.", CNCom., sala D, Setiembre 11-2002, E.D. 202, pág. 480 y ss.; "Rivas, Rosa c/ Grimoldi S.A.", CNCiv., sala C, Octubre 10/2003, RCyS 2004-674 y ss. En igual dirección ver "Tommasi Automotores S.A. C/ CIADEA S.A.", CNCom., Sala A, 14/12/07, LA LEY 17/04/2008. Allí la Cámara sostuvo que "Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es formal cuando contrarían prohibiciones expresas de la ley, existe también la ilicitud o antijuridicidad material, que se halla constituido por pautas jurígenas, distintas de la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de dichas cláusulas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual", y que "El contrato de concesión firmado por adhesión es susceptible de corrección o morigeración por los Tribunales, ya que si bien se trata de una vinculación entre empresas, las cláusulas impuestas por el productor o fabricante pueden resultar excesivamente gravosas para el concesionario, o bien producir una injustificada e inequitativa traslación de riesgos hacia este último". No se nos escapa que también existen opiniones más restrictivas, como la emergente de la causa "Grupo Rox S.A. c/ Día Argentina S.A. s/ ordinario", CNCom., sala C, 10/10/2013, La Ley Online, AR/JUR/85048/2013, en donde se dijo que "El mayor poder del franquiciante ni el hecho de que el contrato de franquicia comercial haya sido canalizado por vía de cláusulas predisuestas que sólo dejaron al franquiciado la posibilidad de adherir o rechazar la oferta, son insuficientes para concluir que cuando adhirió al sistema de comercialización, éste se hubiera visto privado de su libertad o su consentimiento se halló viciado".

(60) (60) Ver entre otros a ALTERINI, Atilio A., Contratos Civiles-Comerciales-De Consumo. Teoría General, op. cit., pág. 36 y ss. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)", en Cláusulas Abusivas, Revista de Derecho Comparado, N° 1, Santa Fe, 1999, 19 y ss. En la doctrina colectiva puede verse las conclusiones de las Decimosegundas Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad Nacional del Comahue y realizadas en San Carlos de Bariloche en 1989, recomendaron que "...la protección debería atender a la debilidad...", cualquiera que ella fuere, independientemente de su rol de persona física o jurídica, consumidor o adquirente o usuario no consumidor (V. despacho II. Especial N° 2). Justamente en el marco de esas Jornadas la Dra. Noemí L. NICOLAU reclamaba mediante una interesante ponencia, que se atendiera a la diferente capacidad comercial de los contratantes; la misma puede verse en "Tecnología y masificación en el derecho contractual", LA LEY 1992-B-767 y sgts.

(61) (61) La doctrina alemana ha valorado de modo especial la trascendencia que adquiere para la transparencia de la contratación mercantil la generalización de algunas normas propias de los contratos de consumo. Al respecto puede verse a ALBIEZ DOHRMANN, Klaus J., "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, Fascículo III (Julio-septiembre 2002), pág. 1150. Los debates habidos en España sobre el tema pueden verse en BLANCO GÓMEZ, Juan José, Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de Condiciones Generales de la contratación; la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas, en Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1471 y ss.