

LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO (ANÁLISIS A LA LUZ DE LA LEY 24.240)

Por *Gastón Pereyra Zabala* (*)

Sumario: I. Introducción. II. Las cláusulas abusivas en la ley 24.240: a) Nociones generales b) Casuística del art. 37 de la ley 24.240 c) Pautas interpretativas que impone el art. 37 de la LDC d) La resolución 53/2003- III. Control de las cláusulas abusivas: a) Nociones generales b) Control Administrativo c) Control judicial. IV. La sanción de nulidad de las cláusulas abusivas. V. Contratos con régimen especial en materia de cláusulas abusivas: a) Situaciones contractuales especiales b) Jurisprudencia. VI. Conclusión.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017\(12\)03](http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017(12)03)

(*) Abogado (UCC). Notario (UCC). Magister en Derecho Empresario (US21). Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCC). Profesor titular de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Catedra “B”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCC). Secretario del Instituto de Derechos Humanos “Xabier Gorostiaga S.J.”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

I. Introducción

La temática atinente a las cláusulas abusivas comprende uno de los aspectos más críticos y paradigmáticos que presenta la actividad negocial en los últimos tiempos, y ha sido una de las cuestiones que más ha preocupado a la doctrina y jurisprudencia. Habida cuenta que desde décadas atrás, comenzó a observarse el abuso de la libertad contractual por la parte situada en la posición dominante de la relación.

Dicha libertad, fue consagrada en todos los códigos del siglo XIX, entre ellos, claro está, el Código Civil argentino, cuyo art. 1197 constituye la acabada interpretación de una filosofía que consideró al contrato como la máxima expresión de la voluntad jurídica libremente manifestada.

Las pautas previstas en el Código Civil para los contratos parten de la idea de que el contrato es fundamentalmente un acuerdo de voluntades. Ello presupone una etapa previa a la concreción del mismo, en el cual las partes negocian el futuro acuerdo. De ahí que desde el punto de vista de la gestación del contrato o de la formación del consentimiento, los mismos pueden ser clasificados en dos grandes categorías: los contratos negociados y los no negociados. En los primeros, las partes realizan tratativas previas; en los segundos, se trata de un negocio jurídico que se presenta con pétreas modalidades impuestas por el oferente (el proveedor) y estatuidas en el marco de un contrato de adhesión, careciendo el cocontratante la facultad de modificarles, razón por la cual toda su libertad negocial se extiende a tomar el negocio o no tomarlo. Juntamente con esta clasificación, puede ensayarse otra, la de contratos paritarios y no paritarios, según exista o no igualdad económica o técnica entre ambas partes que permita la discusión del contrato en un pie de igualdad.

Así las cosas, los contratos no paritarios serán contratos no negociados y por el contrario, los paritarios serán contratos negociados.

En tal contexto, la reformulación del clásico principio de autonomía de la voluntad, se plasmó en los ordenamientos jurídicos modernos a través de la sanción de invalidez (parcial o total) de ciertas convenciones, no obstante que ellas fueran celebradas con observancia de las formas legales, y suscripta con aparente libertad por las partes.

El fenómeno apuntado surge como consecuencia de la producción en masa de bienes y servicios, ya que resultaría imposible para la empresa moderna negociar en forma individual con cada uno de sus clientes el contenido de cada uno de los contratos; tanto por razones económicas, para no encarecer el costo de la transacción, como por razones de celeridad comercial, que requiere, necesariamente, uniformidad en el servicio o venta.

La imposición de un plexo contractual prefabricado y que obtiene consentimiento llano por parte del cocontratante *“es un fenómeno que es consecuencia de una tarea previa del proveedor, cual es la de imponerse en el mercado mediante publicidad y marketing, generando con el consumidor vínculos de confianza que logra captando al potencial cliente, luego logrando la identificación del mismo con el producto o servicio de que se trate”*.

La confianza es determinante al momento de elegir con quién contratar. La publicidad sustituye, en la contratación masiva las tratativas previas del contrato clásico, de ahí el carácter vinculante que, como hemos visto, le impone el art. 8 de la ley 24.240. El consentimiento del consumidor se reduce a la aceptación de lo que el proveedor le impone autoritariamente, reducido a poco más que un sujeto pasivo.

Esta minimización del consentimiento proyectará consecuencias en diversos planos. Uno de ellos será la fuerza vinculante del contrato.

De esta manera, en los contratos en masa, la norma legal contenida por el art. 1197 del Código Civil y que constituye el eje de nuestro sistema contractual, entra en crisis; y las escasas excepciones al principio que ostenta el Código Civil, atemperadas por la reforma de la ley 17.711 de 1968, a través de los arts. 656, 954, 1071 y 1198, resultan insuficientes para abarcar el problema.

Consecuentemente a ello, la cuestión se tornó de insoslayable tratamiento, cuando el abuso del poder económico empresarial (conjuntamente con otras causas), se tradujo en una intolerable desnaturalización del vínculo obligacional en perjuicio del consumidor, tornando impostergable la intervención del legislador, quien a través de la sanción de la ley 24.240, buscó o procuró corregir los excesos o contrarrestar los abusos.

En el presente trabajo, realizaremos un análisis de las cláusulas abusivas a tenor de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor). A tales fines, y partiendo de ciertas nociones

generales, analizaremos el régimen que establece la referida ley en sus diversos artículos, en lo atinente a casuística, pautas interpretativas y control de las cláusulas.

Asimismo, se hará un estudio de la sanción que refieren dichas cláusulas, y se analizará en concreto, algunos contratos que presentan un régimen especial en materia de cláusulas abusivas (servicio de telefonía móvil, seguros, tarjetas de crédito, operaciones bancarias, etc).

II. Las cláusulas abusivas en la ley 24.240

a) Nociones generales

En nuestro derecho, muy pocos sujetos gozan de un plexo normativo especial que regule las llamadas cláusulas abusivas que constituyen una excepción al a fuerza obligatoria del contrato. Estos sujetos son el consumidor, en los términos y alcances de los arts 1, 2, y 37 de la ley 24.240; y el titular de tarjeta de crédito, en el art. 14 de la ley 25.065.

Las cláusulas abusivas en el derecho del consumidor pueden definirse como *“aquellas que, insertas en el marco de un contrato predispuesto por el proveedor o impuestas por este a lo largo de la ejecución del contrato, menoscaben los derechos que la ley reconoce al consumidor y/o cualquier otra que afecte el equilibrio de las prestaciones”*.

La cláusula abusiva puede aparecer bajo múltiples formas: en un contrato de adhesión, sujeto a condiciones generales de contratación (como el seguro); predispuesto con aprobación de autoridad administrativa correspondiente (como los de ahorro previo); sujeto a un reglamento dictado con anterioridad a la contratación de que se trate (como los de medicina prepaga en muchos casos); redactados en formularios o reproducidos en serie (como los bancarios y sus colaterales: cuenta corriente, caja de seguridad, tarjeta de crédito, etc.); o por medio de carteles, anuncios, pantallas en lugares de acceso al público (como en las playas de estacionamiento, servicio de transporte de pasajeros, etc.).

Bajo el título “De los términos abusivos y las cláusulas ineficaces” se legisla en los arts. 37, 38 y 39 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) el régimen de cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

El art. 37 determina una casuística, meramente enunciativa, de cláusulas que califica de ineficaces, y por ende, inoponibles al consumidor, así como también una serie de directivas destinadas al juez, en materia de interpretación de contratos de consumo.

El art. 38 dispone que la autoridad de aplicación ejerce la potestad de vigilar que los contratos de consumo, vertidos en formularios predispuestos, no contengan cláusulas abusivas.

Finalmente, el art. 39 legisla acerca de los contratos predispuestos que en virtud de una norma legal tengan aprobación administrativa, como por ejemplo la Superintendencia de Seguros de la Nación respecto del contrato de seguro, la Inspección General de Justicia respecto del ahorro previo, la Secretaría de Turismo de la Nación respecto de los contratos de viaje; otorgando a la autoridad de aplicación de la LDC la facultad de requerir a otra autoridad nacional o provincial “que tome las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo”, en el caso que, en ejercicio de ese poder de policía, con el que la instituye la LDC, detecte la existencia de cláusulas abusivas.

b) Casuística del art. 37 de la ley 24.240

La ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor, en adelante LDC), en su capítulo IX titulado “De los términos abusivos y las cláusulas ineficaces”, afirma en el art. 37: “*Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:*

- a. *las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;*
- b. *las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;*
- c. *las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en 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. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

A su vez, la reglamentación del decreto 1789/94 establece: *“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”.*

Partiendo de un análisis pormenorizado, podemos realizar una subdivisión de las cláusulas en:

b.1. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones:

Consiste en la alteración o desfiguración del vínculo obligacional y que se materializa, ya sea por conjugación de una o más cláusulas, ya porque amplíen los derechos del proveedor o le otorguen al mismo la posibilidad de alterar, reducir o suprimir las obligaciones a su cargo, o cuando se amplíen las cargas u obligaciones en cabeza del consumidor o se supriman o modifiquen en contra sus derechos, de modo tal que de ello resulte un desequilibrio en las prestaciones.

La cláusula que desnaturaliza una obligación *“se aparta de lo natural, lo normal, y el cumplimiento contractual por parte del proveedor dependen de su arbitrio en forma exclusiva”.*

Entre ellas se pueden mencionar, a modo de ejemplo, las que faculden al proveedor de desistir unilateralmente del contrato de consumo, las que faculden al proveedor a modificar las condiciones de cumplimiento del mismo, etc.

b.2. Cláusulas que limiten la responsabilidad por daños:

Ya en nuestro Código Civil existía una norma legal que delineaba la ineficacia de una cláusula abusiva. Así, en materia de depósito necesario, el Código Civil dispone en el art. 2232: *“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”.* Aquella norma sólo obliga al posadero, y sólo protege al viajero. Vale decir que el deseo de limitar la responsabilidad por parte del proveedor es de vieja data.

Es abusiva la cláusula que limita la responsabilidad civil por daños, sean éstos de fuente contractual o extracontractual, sean imputables a título de dolo, culpa o por responsabilidad objetiva. Asimismo, se hace extensivo el concepto a cualquier norma relativa a la restricción de la garantía del producto.

Es usual encontrar estas cláusulas en los contratos de caja de seguridad bancaria, en los contratos de parking de automóviles, etc..

b.3. Cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor:

Ya sea que se trate de la renuncia de cualesquiera de los derechos consagrados por la LDC, como los contenidos en cualquier otro plexo legal; sean derechos de orden público o cuando deban ser consecuencia normal y natural del contrato suscripto, teniendo en miras el objeto del mismo y el fin perseguido por el consumidor al contratar.

b.4. Cláusulas que amplíen los derechos del proveedor:

Como consecuencia de lo anterior, el proveedor vería ampliado el espectro de sus derechos, en desmedro del consumidor.

Se alude a aquellas cláusulas que desconozcan o restrinjan los límites de los derechos del consumidor o usuario, previstos en la ley 24.240 y en el plexo normativo que la integra en virtud del art. 3.

b.5. Cláusulas que impongan inversión de la carga de la prueba en contra del consumidor:

La inversión de la carga de la prueba también es una forma de burlar los derechos del consumidor, ya que al poner las cargas probatorias en cabeza de quien tiene mayores dificultades en conseguir pruebas, o al que previa y medítadamente no se mune de ninguna, importa la posibilidad de hacer valer sus derechos en juicio. Es también, de alguna manera, una imposición irrazonable, y al decir de Schwartz, “*se trata de una verdadera cláusula abusiva, puesto que implica una privación o restricción del derecho de defensa del consumidor o usuario*”.

c) Pautas interpretativas que impone el art. 37 de la LDC

El art. 37 entra en acción cuando el contrato ya ha sido suscripto, y, eventualmente, las partes ya se encuentran en litigio, ya que la norma le impone directivas en materia de interpretación del contrato.

La norma contiene una serie de pautas a tener en cuenta:

c.1. Validez del contrato:

La primera directiva es la de conservar el negocio jurídico, vale decir, no se impone por la existencia de cláusulas abusivas la nulidad del negocio jurídico, sino que se impone la ineficacia de las cláusulas, únicamente, manteniendo el resto del contrato.

En reemplazo de las cláusulas eliminadas del plexo contractual, el juez deberá proceder a la integración del contrato, es decir, reestructurará el negocio jurídico en función “*al mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida por parte del consumidor*”.

Es sobre la base del fin tenido en miras por el consumidor que el juez deberá integrar el contrato, ya sea con las normas de orden público que sean aplicables, ya con las que surjan de la costumbre, ya en función de la equidad, manteniendo fundamentalmente el equilibrio de la relación anulado por la cláusula abusiva.

c.2. Interpretación:

El art. 37 LDC dispone que la interpretación del contrato deberá hacerse en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación, se hará a favor de la menos gravosa. Es decir que se aplica el principio *favor debitoris* exclusivamente a favor del consumidor.

c.3. Violación del deber de buena fe en la etapa precontractual:

Cuando el proveedor viole el deber de buena fe en la etapa precontractual o durante su ejecución, o viole el deber de información, o la legislación vigente en materia 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.

d) La resolución 53/2003

En el marco de la actividad preventiva que la LDC pone en cabeza de la autoridad de aplicación y de la potestad otorgada por la norma de imponer al proveedor que incluya en sus plexos contractuales la obligación de remover las cláusulas abusivas, se dictó la resolución 53/2003 de la Secretaría de Industria y Comercio, Subsecretaría de Defensa del

Consumidor, luego modificada por la resolución 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica.

La mencionada norma legal, a decir de Schwartz, le ha impuesto al proveedor:

- La prohibición de incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo, cualquiera fuera la forma de instrumentación del mismo;
- La remoción de dichas cláusulas ya insertas en los contratos de consumo en curso de ejecución, notificando a los consumidores con contratos en vigencia tal circunstancia;
- Que el incumplimiento de cualesquiera de estas directivas lo hará pasible de sanciones.

La resolución contiene un Anexo con una casuística de carácter enunciativo que abarca distintas situaciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato en cuestión y reglamenta derechos ya consagrados de la LDC y también en el plexo constitucional:

- a. Cláusulas que amplían los derechos del proveedor y restringen los del consumidor: apartados a), b), c), d), f) y h) del Anexo;
- b. Cláusulas que afectan el derecho de defensa del consumidor: apartados e) y j) del Anexo;
- c. Cláusulas que limitan la responsabilidad del proveedor: apartado g) del Anexo;
- d. Cláusulas que eludan el art. 35 de la LDC: apartado i) del Anexo;
- e. Cláusulas que afecten el medioambiente: apartado k) del Anexo.

III. Control de las cláusulas abusivas

a) Nociones generales

Los arts. 37, 38 y 39 de la ley 24.240 se sancionaron “*como reacción jurídico-social a la acción despótica del oferente actual, el que no sólo ataca a su adherente consumidor en forma directa o indirecta, sino que perjudica el interés general de los consumidores*”.

En ese orden, el control que debe ejercerse sobre la contratación masiva para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, así como para asegurar la protección del consumidor o usuario, puede ejercerse desde los distintos poderes del Estado.

b) Control Administrativo

El art. 38 y su reglamentación hacen referencia al control administrativo, estableciendo que la autoridad de aplicación deberá vigilar que los contratos de adhesión que se encuentren bajo la órbita de la ley no contengan cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad por daños, establezcan renuncia o restricción de los derechos del consumidor o se imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Se establece al respecto como función específica de la autoridad de aplicación, vigilar que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas.

A su vez, y tal como lo citáramos anteriormente en el presente trabajo, el decreto 1798/94, dispone que cuando el proveedor haya incluido en el contrato cláusulas abusivas, la autoridad de aplicación le notificará que se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar de manera fehaciente tal situación al consumidor.

Es importante destacar que el artículo en mención no contiene la expresión “condiciones generales de contratación” de uso permanente en las contrataciones masivas; pero la figura está implícita en la norma, ya que constituye un modo de predisponer las cláusulas contractuales enunciadas precedentemente.

Así, a nuestro criterio correspondería efectuar las siguientes precisiones respecto a la terminología utilizada por el art. 38 de la LDC:

- Las cláusulas uniformes, generales, estandarizadas, se refieren al contenido del contrato, y generalmente se manifiestan a través de las condiciones generales de contratación;
- Los contratos en formularios así como los contratos hechos en formularios reproducidos en serie, hacen mención a una forma de instrumentar los contratos, de uso común en el comercio.
- Hablar de contrato por adhesión es referirse al modo y a las condiciones en que el adherente celebra el contrato, sometándose a las cláusulas predisuestas por el empresario.

Del dispositivo en comentario se coligen dos situaciones: la primera, que no es indispensable que las cláusulas abusivas estén instaladas en o resulten de un típico contrato

por adhesión; y la segunda es que el poder de policía atribuido a las autoridades de aplicación de la LDC debe ejercerse ampliamente.

c) Control judicial

Con la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711, se les asignó a los jueces facultades importantes, por aplicación de las teorías del abuso del derecho (art. 1071), de la lesión (art. 954), de la imprevisión (art. 1198), de la irreductibilidad de las cláusulas penales (art. 656). Las precitadas normas legales se aplican en el derecho del consumidor, en el cual, además, los tribunales tienen la facultad expresa de integrar el contrato (art. 3 y 37 LDC).

En materia de control judicial, se puede afirmar que existe un control judicial directo y otro indirecto.

- El control judicial directo es el que se realiza mediante la revisión judicial que hace el juez sobre el contenido del contrato, con posterioridad a su celebración.
- El control judicial indirecto es el realizado por los magistrados mediante la utilización de principios generales que permitan la interpretación de los contratos y la valoración de los intereses en litigio, habida cuenta que a través de la interpretación del contenido del contrato, surge el sentido y alcance de las cláusulas convenidas.

En tal cuadro de situación, los criterios utilizados habitualmente son el principio de la buena fe, la interpretación contra stipulatorem, el favor debitoris, y la prioridad de la cláusula negociada en particular sobre el contenido preformulado.

Consecuentemente, la sanción consiste en la nulidad parcial y de pleno derecho, de las cláusulas especiales que se mencionan en el texto legal. De esa forma la sola existencia de cualquiera de estas cláusulas especiales en el contenido negocial, justifica la declaración de su nulidad.

Por el contrario, para la calificación de abusivas de las cláusulas abiertas, deberá realizarse por el juez un examen de confrontación con el resto del iter negocial.

IV. La sanción de nulidad de las cláusulas abusivas

Encontramos dos causas que obstan la nulidad: la invalidez y la ineficacia.

En cuanto a la invalidez, afecta al contrato en su existencia misma, en especial en los contratos de negociación individual (arts. 1137 y 1197 del Código Civil).

En lo relativo a la ineficacia, apunta a las cláusulas relacionadas con los contratos de adhesión en el proceso de ejecución.

En ambos supuestos el derecho establece una sanción: la nulidad del contrato en un caso, y de las cláusulas en el otro.

El principal efecto de la nulidad es la retrocesión al estado jurídico anterior (art. 1050 del Código Civil), y en particular, respecto de la relación contractual, significa que los derechos económicos que se regulaban y mutaban respecto de alguna o ambas partes, deberá reingresar al patrimonio del disponente, etc., y así lo establece el art. 1052 del Código Civil. Sin perjuicio de este principio general debemos recordar que en la nulidad anulable y/o relativa, la retrocesión se efectúa con limitaciones atento a la buena fe que pudieron operar las partes, por ejemplo la restitución mutua de frutos que quedará compensada hasta la demanda de nulidad.

Respecto de terceros, el art. 1051 del Código Civil establece la línea de retrocesión, salvo respecto de los terceros de buena fe y a título oneroso cuando el bien transmitido fuere un inmueble, sin perjuicio de las acciones por reparación de daños que posea contra el agente o agentes que causaron el daño.

Asimismo, en estos supuestos de cláusulas nulas o anulables, el consumidor o usuario puede solicitar como daños reparable autónomo, el daño moral conforme al art. 522 del Código Civil.

V. Contratos con régimen especial en materia de cláusulas abusivas

Como se puntualizara previamente, la autoridad de aplicación se ha ocupado de reglamentar los dos aspectos delegados: por una parte, la cláusula referida a la modificación unilateral del contrato y también las excepciones en materia de rescisión unilateral del contrato. Juntamente con ello, se reglamentaron situaciones contractuales especiales de mucha utilidad, que analizaremos seguidamente

a) Situaciones contractuales especiales

a.1. Contrato de medicina prepaga

Expresa Lorenzetti que el contrato de medicina prepaga tiene ciertas particularidades: el ingresante debe estar sano para ser admitido y cumplir con determinados períodos de carencia, lo que genera que al principio de la relación contractual el usuario utilice normalmente menos servicios de los que paga. A medida que transcurre la relación contractual, el afiliado envejece y los períodos de carencia vencen, razón por la cual puede acceder a la totalidad de los servicios, y por efecto de los años, requiere mayor atención médica y farmacológica. Como el sistema funciona en forma similar al seguro, y como no es habitual que todos los afiliados enfermen al mismo tiempo, el mayor uso del servicio por parte de algunos usuarios es compensado por el menor uso que realizan los otros. De esta manera, *“la empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y sólo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene el equilibrio, puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener ganancia. El cálculo probabilística es el que posibilita este funcionamiento. El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese cálculo, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de los riesgos”*.

Ahora bien, cuando la empresa decide no asumir los riesgos, los traslada al consumidor, y ello lo hace mediante la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato.

Desde larga data, tanto la autoridad de aplicación como los tribunales han considerado como abusivas las siguientes cláusulas: las que imponen el cobro de sumas adicionales al afiliado en razón de su mayor edad, sin informar los parámetros que se tomarán en cuenta para el cálculo de su monto; las que pretenden la eximisión de responsabilidad de la empresa por los hechos de los prestadores por ella misma ofrecidos en sistema de planes cerrados o imponen topes resarcitorios; las que admiten la rescisión unilateral incausada por parte de la empresa o se reservan el derecho de modificar unilateralmente el contrato; así como también ciertas prácticas abusivas, tales como la negación a dar tratamientos no incluidos en el PMO o no previstos en el contrato; o la negativa de brindar nuevos tratamientos, no existentes al momento de contratar, so pretexto de que no se encuentran incluidos en el contrato, entre otros.

a.2. Servicio de Telefonía Móvil

La resolución 09/2004 reglamenta minuciosamente los aspectos delegados en cuanto a condiciones relativas a la modificación unilateral del contrato por parte del proveedor y la rescisión unilateral incausada.

Así, el Anexo II de la mencionada resolución dispone que será abusiva la cláusula que otorgue al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, salvo con relación a los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

- a. los cambios se hallaren previstos expresamente en el contrato,
- b. los cambios tengan carácter general y no se refieran a un consumidor en particular;
- c. los cambio no alteren ni el objeto del contrato o constituyan menoscabo de los servicios comprometidos al momento de contratar
- d. se prevea contractualmente la notificación del cambio al usuario, con una anticipación no menor a sesenta días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare la modificación introducida pueda optar por rescindir el contrato sin cargo alguno.

El referido anexo también reglamenta la cuestión relativa la rescisión contractual incausada por parte del proveedor y dispone que será abusiva la cláusula por la que se autorice al proveedor a rescindir sin causa el contrato, salvo en relación con los contratos por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa previa notificación al consumidor con una antelación no menor a sesenta días.

a.3. Contratos de consumo cuyo objeto sea la prestación de servicios financieros o bancarios

También en este tipo de contratos, y a tenor de lo establecido en la resolución 09/2004, se considera abusiva la cláusula que permita al proveedor modificar en forma unilateral el contrato, salvo que se trate de un contrato celebrado por tiempo indeterminado y concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a. que los eventuales cambios se hallen previstos expresamente en el contrato; es decir, que se detallen los aspectos del contrato que pueden ser objeto de modificación unilateral por parte del proveedor;

- b. que el cambio no altere el objeto del contrato o importe menoscabo respecto a los servicios comprometidos al momento de contratar;
- c. que se fijen criterios o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda introducirse y siempre y cuando esos cambios no afecten el equilibrio de la relación entre las partes;
- d. que se encuentre prevista expresamente la notificación de cambio al usuario con una antelación no menor a sesenta días de la entrada en vigencia del cambio.

En lo atinente a la renovación automática de estos contratos, la normativa dispone que será considerada abusiva la cláusula que, en los contratos cuya duración exceda los sesenta días con renovación automática del mismo, no se hubiera previsto la obligación del proveedor de notificar al consumidor los cargos por renovación u otros que, con carácter variable, se hallaren previstos en el contrato.

Asimismo, se dispone la posibilidad de rescindir sin causa los contratos por tiempo indeterminado, siempre y cuando se notifique previamente al consumidor con una antelación no menor a sesenta días, salvo que las normas especiales en la materia determinen un plazo distinto.

a.4. Tarjetas de crédito

En materia de contrato de tarjeta de crédito, la ley 25.065 regula minuciosamente el contrato.

Por una parte, los arts. 6 y 7 disponen los contenidos mínimos del contrato, y además, imponen una serie de condiciones, tales como la de emitir un ejemplar por cada uno de los intervinientes; que la redacción debe ser clara y con tipografía de fácil lectura; que las cláusulas que generen algún tipo de responsabilidad para el titular adherente deben estar redactadas con caracteres destacados o subrayados, entre otras.

La normativa prevé también el perfeccionamiento del contrato, que ha dejado de ser consensual. El contrato se perfecciona cuando se firma el contrato entre el emisor y el titular, se emiten las tarjetas correspondientes y éstas sean recibidas por el titular, no generando la mera solicitud de adhesión al sistema ningún efecto jurídico, hasta tanto se verifique la emisión y recepción de la tarjeta. Estas previsiones legales obedecen a reiteradas prácticas abusivas desplegadas por entidades financieras que emitían tarjetas de

crédito sin que fueran solicitadas previamente por el titular; o bien, luego de firmada la solicitud, la entidad no emitía el plástico o el mismo no llegaba a manos del titular, pero generaban cargos en cabeza de éste.

Asimismo, por medio del art. 14 de la ley 25.065 se crea el elenco de cláusulas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito, las cuales se considerarán nulas, y son:

- a. las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que le otorga la ley;
- b. las que faculden al emisor a modificar unilateralmente el contrato;
- c. las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen;
- d. las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación;
- e. las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada;
- f. las que impongan compulsivamente al titular un representante;
- g. las que importen una prórroga de la jurisdicción establecida en la ley.

b) Jurisprudencia

A continuación, y siguiendo las reseñas jurisprudenciales brindadas por Chapman en su obra, citaremos algunos extractos de fallos para ilustrarnos respecto al tema objeto del presente trabajo:

b.1. Aplicación del principio “In dubio pro consumidor”:

“... Para la solución del recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Director Nacional de Comercio Interior que impuso una multa a la empresa recurrente en los términos de los arts. 19 y 21 de la ley 24.240, corresponde aplicar la regla de interpretación en el sentido más favorable al consumidor contenida en el art. 37 de la LDC...”.

“... La actual LDC impone a quienes presten servicios *“una información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”*, fijándose como principio interpretativo para tales contratos que *“en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”*. Ello se justifica porque el estipulante, que es quien formula la cláusula, está en condiciones de expresarse con claridad, no pudiendo admitirse su ambigüedad y que con ella pueda abusarse del consumidor, quien resulta ser el contratante más débil...”.

“... Resulta aplicable el art. 37 inc. b) según el cual se deben tener por no convenidas las cláusulas que importen renuncia de los derechos del consumidor. Entre esos derechos, figura sin duda alguna el derecho a apelar una sentencia adversa...”.

b.2. Prórroga de Jurisdicción:

“... En los contratos de formulario, las cláusulas que prorrogan la jurisdicción pueden ser consideradas, en ciertas circunstancias, como restrictivas o de renuncia a los derechos del consumidor, razón por la cual, en virtud del art. 37, inc. 2º de la ley 24.240, deben tenerse por no escritas. Ello es así, ya que para el particular que celebra un contrato de ese tipo, la necesidad de litigar en extraña jurisdicción puede significarle, por motivaciones económicas, de distancia o de desconocimiento del medio, que se abstenga de promover un juicio en protección de sus derechos; por lo que, dicha cláusula se convierte en una renuncia anticipada del derecho a la jurisdicción que la ley no puede tolerar...”.

“... Deviene aplicable la regla de interpretación en el sentido más favorable al consumidor contenida en los arts. 3 y 37 de la ley 24.240; y en consecuencia, tener como responsable al apelante del incumplimiento de los arts. 10 y 14 inc. a), b) y c) de dicha ley. En relación a la sanción impuesta, cabe señalar que encuadra en la previsión legal, pues a fin de fijar el monto de la multa debe considerarse la proyección económica de la ganancia obtenida, la gravedad de los riesgos y valorarse también el carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria, desde que no sólo se trata de condenar al que viola la ley sino de proteger el derecho concreto de los usuarios (arts. 47 y 48 de la ley 24.240)...”.

b.3. Telefonía Móvil (celular):

“... A la luz de los principios consagrados por el art. 42 de la Constitución recientemente reformada y de lo establecido por la ley 24.240, cabe considerar, que en caso de duda, toda controversia que surja entre el consumidor del servicio público de teléfonos y la prestataria del mismo deberá ser resuelta a favor del primero...”.

“... Ante la ausencia absoluta de respaldo probatorio respecto a la notificación fehaciente previa a la baja del servicio telefónico que requiere el art. 12 del reglamento general del servicio básico, y por aplicación de los principios interpretativos a favor de los usuarios de servicios públicos contenidos en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, la baja de la línea de la actora resulta arbitraria y contraría el procedimiento establecido en el citado

reglamento, por lo que la empresa prestataria del servicio deberá restablecerla y habilitarla a favor del demandante...”.

b.4. Compraventa de automotores:

“... Entregado un recibo en formulario que consigna el carácter de provisorio preimpreso y, manuscrita, la atestación de que el pago documentado era por el precio total del automotor, por encima del texto del formulario debe darse preeminencia a lo asentado en el acto por el receptor del pago, por ser regla primaria de interpretación la de estarse a favor de la parte más débil. Trátese de un contrato de adhesión donde el oferente-demandado estipula las condiciones contractuales y el adherente-actor las acepta sin poder discutir las como sucedería en un contrato entre partes iguales...” (del voto en disidencia del Dr. Moisset de Espanés).

b.5. Medicina Prepaga:

“... Como se señaló en la resolución administrativa apelada, el aumento no consensuado de la cuota al cumplir la edad de 70 años, resultó claramente abusivo pues no obstante tratarse de una relación contractual concertada 8 años antes, no se había informado al momento de la afiliación que le correspondería un por demás significativo incremento del arancel al cumplir esa edad, siendo que se trataba de una circunstancia claramente previsible a la fecha del comienzo del contrato. Dicho adicional puso al asociado en una situación inequitativa pues la alternativa de rescindir el contrato no le permitía contar con una prestación de servicios de similar calidad, ya que si los requería de otra empresa, tendría escasas posibilidades de ser aceptado por su edad ante la probable existencia de restricciones de ingresos similares a las consignadas por Médicus S.A. y, si fuere admitido, estaría sujeto al período de carencia y debería declarar enfermedades contraídas en los últimos años, las que a los efectos de la nueva relación contractual se considerarían preexistentes...”.

“... Considerando que se trata de un contrato de tracto sucesivo y que los avances de la ciencia y de la tecnología médica podrían determinar la incorporación de nuevos tratamientos exigentes de mayores erogaciones que las previstas por el prestador al comienzo de la relación contractual, el derecho a establecer aranceles adicionales pactados contractualmente (art. 1.197 del Código Civil) no aparecería como violatorio del derecho

vigente. Pero la eficacia de dicha cláusula depende de su ejercicio no abusivo con relación a las circunstancias del caso...”.

“... No se advierte como irrazonable imponer la multa prevista en el art. 47 inc. b) de la ley 24.240 a la sociedad prestataria del un servicio médico que, haciendo uso abusivo de una cláusula contractual, impuso un significativo aumento en el arancel a los usuarios que cumplieran 70 años de edad, ya que ésta sanción tiene un carácter ejemplar y disuasivo, protegiendo el derecho concreto de los usuarios y evitando el riesgo de generalización de este tipo de estipulaciones...”.

b.6. Tarjeta de crédito:

“... Conforme a lo dispuesto por la ley de Defensa del Consumidor “la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumo y cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación se estará a la que sea menos gravosa”, por lo que corresponde desestimar el reclamo del banco por el saldo de cuenta corriente por operaciones con tarjeta de crédito por no estar respaldado en los respectivos cupones suscriptos por el consumidor, porque en última instancia, las constancias contables deben cumplimentarse con la documentación respectiva, obligación que surge de los arts. 43, 63 y 67 del Código de Comercio y de la que no pueden apartarse los bancos por un simple convenio con fundamento en que les resulta costoso y no es práctico...”.

“... Conforme el inc. c) del art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor se considerarán inválidas las cláusulas contractuales que impongan la inversión de la carga de la prueba, y no otra cosa es pretender por vía de convención que sea el consumidor-usuario quien deba probar que no debe lo que unilateralmente se le reclama, en el caso por saldo deudor de la cuenta corriente bancaria abierta para operar con la tarjeta de crédito, y con la remisión a la contabilidad del otorgante de la tarjeta no sólo se viola la disposición que nos ocupa sino el mismo art. 542 del Código Civil, sin perjuicio de remarcan que cuanta norma de ese y otros códigos o leyes que se encuentren en desacuerdo con la ley 24.240, de orden público, se debe tener por abrogada...”.

“... La ley de defensa del consumidor considera que deben tenerse como no convenientes aquellas cláusulas contractuales que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (art. 37 inc. b) ley 24.240). Tal es el

caso de las cláusulas que , al pactar habilidad ejecutiva de títulos que legalmente no tienen prevista tal actitud (en el caso solicitud de adhesión al sistema de tarjeta de crédito) restringen las posibilidades de defensa y de producción de prueba que en su beneficio pudiera hacer valer el usuario, según el art. 18 de la Constitución Nacional...”.

“... La cancelación por parte del banco de la tarjeta de crédito del usuario sin causa que lo justifique, sin un razonable preaviso o sin responsabilidad por las consecuencias de su proceder, lesionaría la buena fe en la ejecución e inteligencia de las cláusulas contractuales y desnaturalizaría las obligaciones del banco al respecto. Así, una disposición contractual que previera tal conducta sería ineficaz en virtud de lo estipulado por los arts. 1198 del Código Civil, y 37 incs. A) y b) de la ley 24.240...”.

b.7. Seguros:

“... La suscripción no es en realidad la póliza del seguro de vida, pues en su reverso solo contiene una síntesis de las condiciones generales y particulares de la póliza, siendo que aparece firmada sólo en su anverso. Al respecto, se crean serias dudas acerca del conocimiento del suscriptor de tal cláusula, ya que dicha predisposición está ubicada al reverso de la solicitud de suscripción, solicitud que por su extensión y complejidad seguramente no puede ser comprendida en todas sus dimensiones por un consumidor término medio...”.

“... Aunque no se haya invocado ni demostrado que la póliza estableciera una forma determinada para recibir la denuncia del acaecimiento del siniestro, su inobservancia no devendría en caducidad, cuando el asegurador obtiene un conocimiento concreto del siniestro, toda vez que la LS 46 no establece forma para la ejecución de la carga; en especial, meritando que la LS 158 prescribe que sólo puede modificarse a favor del asegurado. Razón por la que toda estipulación que predisponga una forma determinada para denunciarlo, tornaría la cláusula en ilícita, y al desnaturalizar la relación de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, al restringir los derechos del asegurado, dejaría consagrado un abuso, y por lo tanto correspondería por esta razón, su declaración de ineficacia (art. 37 incs. a) y b), ley 24.240...”.

“... Como el contrato de seguro es un contrato de adhesión, la inteligencia del alcance de sus estipulaciones debe hacerse a favor de la parte no predisponerte, tal como surge de las

normas contenidas en la ley de defensa del consumidor y de los principios consagrados en forma explícita en el art. 42 de la Constitución Nacional. Máxime en los seguros contra accidentes, pues no cabe exigir a quien trabaja en relación de dependencia la revisión de estipulaciones que rigen un seguro de vida contratado por su empleador...”.

V. Conclusión

Las cláusulas abusivas estuvieron, en un primer momento, vinculadas a los contratos por adhesión, predispuestos o reglamentarios; luego se las analizó con motivo de las condiciones generales de contratación, a las cuales se les quiso otorgar una especie de autonomía o consideración al margen de su inclusión contractual, y en los tiempos actuales, vuelven con motivo de los llamados “contratos de consumo”.

Tal cual lo hemos intentado enunciar en el desarrollo de la presente monografía, la tendencia más reciente en materia de contratos de consumo, apunta a investigar la abusividad no ya en general, sino en los distintos ámbitos de la contratación para el consumo de diferentes bienes y servicios: en el turismo, en el servicio de telefonía móvil, en la contratación bancaria, en la provisión de mercaderías, en los seguros, en las tarjetas de crédito, en la venta de automotores, en los espectáculos públicos, etc.

Asimismo, otra tendencia fuerte está indicando la conveniencia de prevenir este abuso, antes que buscar luego el remedio. De esta manera, se busca evitar la inclusión de cláusulas abusivas, como manera más conveniente de tutelar la posterior declaración de nulidad, que requiere un juicio tramitado y una sentencia favorable (por ejemplo, el Código de Perú, en el art. 1393, siguientes y concordantes).

En cuanto a la interpretación del contrato de consumo, la regla es estar, en casos de dudas, oscuridades o equivocidad de las cláusulas, a la interpretación más favorable al consumidor, parte débil, y en particular, parte ajena a la redacción del contrato. La carga de ser claro, transparente y coherente, pesa sobre el proveedor que predispone las cláusulas negociales.

Estamos en presencia de un nuevo derecho, de reciente desarrollo, pero que día a día muestra su notable influencia sobre las ramas del derecho más clásicas: el derecho del consumidor.

Como no podía ser de otra manera, y tal como es normal en el derecho en general, las situaciones que se presentan son mutables, la realidad cotidiana es variable y dinámica, y como tal, el derecho no puede menos que avanzar y evolucionar con ellas.

La perspectiva en cuanto a la regulación es a nuestro criterio, acertada, pues a más de regular, se busca prevenir el abuso en la interposición de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Está en nosotros, operadores jurídicos en todas las esferas (abogados litigantes, miembros del Poder Judicial, catedráticos, doctrinarios, especialistas en las diversas ramas), colaborar para que esta saludable regulación termine de plasmarse, y su aplicación en el caso concreto, se efectivice de manera real, sin que la normativa y regulación existente se conviertan en letra muerta o en una utópica declaración de deseos.