



XVI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

La Habana, Cuba, 23 al 25 de noviembre de 2014

Tema II: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL CONTROL DE LEGALIDAD QUE EJERCE EL NOTARIO

Coordinadora Internacional: Amparo Quintero Arturo

Coordinador Nacional: Notario Gastón R. di Castelnuovo

Abusus non est usus, sed corruptela

Trabajo presentado por los notarios Otilia Zito Fontán, Ana Lía Díaz Prandi, Ariel Regis y Gastón R. di Castelnuovo

Índice

- 1. Necesaria introducción**
 - 1.1. El tema propuesto y su relación con el papel que en general cabe al notario como intérprete y operador del derecho en el sistema latino**
 - 1.2. Otras consideraciones previas**
- 2. Una primera aproximación al tema que nos ha convocado.**
 - 2.1. Un poco de historia**
 - 2.1.1. El consumo y su evolución**
 - 2.1.2. Consecuente evolución del contrato**
 - 2.1.3. La autonomía de la voluntad. Evolución en su aplicación**
- 3. La cláusula abusiva**
 - 3.1. Concepto**
 - 3.2. Sus caracteres de acuerdo con las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas**
 - 3.3. Interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
 - 3.4. Registro de Control de Cláusulas Abusivas. Consejo general del Notariado español**
 - 3.5. Directrices de las Naciones Unidas.**
- 4. La experiencia en la República Argentina**
 - 4.1. Antecedentes**
 - 4.2. Leyes especiales**
 - 4.2.1. Ley del Defensa del Consumidor**
 - 4.2.2. Las Acciones Colectivas**

4.2.2.1. Su incorporación en la legislación

4.2.2.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

4.2.2.3. Registro de Acciones Colectivas

4.2.3. Control judicial de las Cláusulas Abusivas

4.2.4. Algunas consideraciones sobre el impacto de la ley de Defensa del consumidor en la comercialización de inmuebles

5. Manual de Buenas Prácticas

6. Calificación registral de las Cláusulas Abusivas. Caso español

7. El notario frente a las cláusulas abusivas

8. Conclusiones

1. Necesaria introducción

1.1. El tema propuesto y su relación con el papel que en general cabe al notario como intérprete y operador del Derecho en el sistema latino

Como sucede en cualquier disciplina científica, siempre podremos encontrar puntos de contacto entre todos los temas que ella comprende. No es el que nos convoca una excepción. Resulta sencillo advertir que si analizaremos el control de legalidad que nos corresponde frente a las cláusulas abusivas, debemos tener en claro cuál es el papel que en general cabe al notario como intérprete y operador del derecho en el sistema latino.

Creemos entonces conducente tener presente lo tratado en el XXVI Congreso Internacional del Notariado, que se llevó a cabo en Marrakech, Marruecos, del 3 al 6 de octubre de 2010.

Allí, entre otras consideraciones, afirmamos que:¹

–El notario es hacedor de la seguridad jurídica preventiva en la medida en la que no sólo la asegura sino que la construye, la realiza y la perpetúa.

–El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere.

–El sistema latino constituye un fiel reflejo de nuestra concepción social, cultural y filosófica. De allí el modo de relacionarnos no sólo entre nosotros, como sujetos, sino también con las cosas mismas. Entablamos con ellas vínculos harto complejos, no sólo desde lo jurídico y económico sino y especialmente desde lo social y psicológico, que exceden la sola materialidad.

–El notario, en este sistema, es un profesional del Derecho a cargo de una función que por su importancia social debe considerarse pública. Es depositario de la fe pública pero su labor no se agota allí. En la actualidad se ha convertido en un verdadero protagonista de los actos y en un actor imparcial en toda la etapa negocial, para lo cual debe capacitarse permanentemente y profesar principios éticos inquebrantables.

–El notario ejerce una de las más nobles tareas entre los hoy denominados operadores del derecho. Su función excede la de un mero documentador, su principal cometido es precaver, prevenir el litigio, actuar en forma imparcial entre las partes, mediando permanentemente en la regulación de sus intereses, y dando forma adecuada al interactuar de las respectivas autonomías de voluntad. Se ha dicho con acierto que el notario lo que hace en realidad es interpretar, ‘traducir’ (en su auténtico sentido

¹ Parte de las conclusiones de la ponencia que presentáramos en el tema II: “El documento notarial al servicio de la seguridad jurídica de las inversiones...”.

etimológico de trans ducere, llevar a) la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, 'ligar la Ley al hecho'.

–Existe una íntima relación entre seguridad jurídica y equidad. No puede existir aquella sin esta última, es decir sin justicia para cada caso concreto. Y esta justicia debe obtenerse, en los sistemas de seguridad jurídica preventiva, a través de la adhesión espontánea de los interesados. Esta adhesión, libre e informada en la contratación privada, se obtiene en nuestros sistemas delegando el Estado en el notariado parte de su poder de imperio, en este caso de sus facultades fideifacientes, pero bajo un contexto determinado que asegure y resguarde el estricto cumplimiento de esta función pública

–El notario en el sistema latino da forma a la voluntad de las partes, esto es brinda objetiva reconocibilidad al negocio y es efectivamente depositario de poderes del Estado. Esta función implica para el propio notario –más aún, le impone– una conducta, un actuar profesional “activo”, ya que debe bregar con todas las herramientas que el Derecho le concede, por alcanzar una solución en equidad que asegure el cumplimiento espontáneo de los acuerdos.

–En el sistema latino, el documento notarial es el fruto de la labor creadora del notario. Como su hacedor, él interpreta la voluntad de las partes y la encauza jurídicamente.

–El efectivo cumplimiento del deber funcional de asesoramiento integral en todas las etapas de actuación profesional-funcional, contribuye a consolidar la buena fe como principio general del Derecho, constituyéndose así en una eficaz herramienta para alcanzar su fin último: la Paz Social.

–La intervención notarial desde las primeras etapas en la contratación inmobiliaria, sin perjuicio de la participación de otros actores económicos y jurídicos, permite afianzar la seguridad jurídica y reducir la litigiosidad en la contratación privada inmobiliaria, garantizando ab initio, el equilibrio contractual y adecuados niveles de información.

–El asesoramiento notarial, el control de legalidad y la potestad pública fedante, son pilares insustituibles del ejercicio de la función pública notarial, especialmente en la faz documental. Ello contribuye a la consolidación de la seguridad jurídica en el seno de la sociedad.

–Debe consolidarse en la sociedad como dentro mismo del cuerpo notarial, la idea de que cuando el notario actúa en su amplio campo de competencia material, interviene en forma indirecta –por delegación de específicos poderes– el mismo Estado, previniendo conflictos, conciliando intereses diversos, armonizando el querer de las partes con el ordenamiento jurídico en su conjunto y equilibrando posiciones contractuales asimétricas.

–Mientras los sistemas denominados de common law optan por elegir la vía de garantizar la eficacia de la contratación privada a través de un ágil funcionamiento del órgano jurisdiccional (de allí la alta litigiosidad en estos sistemas) de modo tal que ante el desacuerdo de voluntades, interviene compulsivamente el Estado a través de la figura del juez, en los sistemas jurídicos como el nuestro, el Estado “previene” el desacuerdo mediante la intervención del notario. En el primer caso estamos en presencia de una seguridad ex post, que busca una ágil solución del conflicto, únicamente con compensación económica de daños y con todas las inseguridades que ello implica. En el otro, en cambio, la seguridad se obtiene ab initio, y nace con la contratación misma en virtud de la instrumentación pública con plena eficacia formal y sustantiva, lo que busca evitar el conflicto, preservar el equilibrio contractual, brindar información y asesoramiento integral y procurar la adhesión espontánea a la ley, para arribar así a acuerdos que preserven y garanticen la equidad y la buena fe.

–El papel de asesor constituye para el notario un verdadero “deber funcional”, esencial en la labor profesional fedante e inseparable de la función.

*–El notario debe brindar un verdadero “asesoramiento” que excede la simple información y por ello jerarquiza permanentemente la función haciéndola en extremo útil para la sociedad. Ese deber funcional no se limita sólo a “informar” a los requirentes del servicio notarial, sino que, precisamente, su labor va mucho más allá. Investiga la real voluntad del requirente del servicio notarial, formula esta voluntad investigada, averigua y esclarece determinados hechos y aspectos de los que puedan eventualmente depender la validez o la eficacia del acto o negocio jurídico, suministra *al requirente las informaciones, aclaraciones y advertencias necesarias para que comprenda el sentido, los efectos y eventuales riesgos del acto o negocio a otorgar; dentro del marco de la imparcialidad, brinda consejo no vinculante, sin pretender sustituir la voluntad de las partes.*

–Las reiteradas crisis económicas en nuestro país exigen una previsión mayor a la hora de contratar; para ello las partes deben contar con variables de actualización aplicables a los valores compatibles y autorizados por la ley. Sin perjuicio de las medidas que los gobiernos adopten para paliar los efectos de las crisis económicas, con causa en desajustes financieros nacionales o internacionales, tendientes a proteger a los sectores más débiles, las normas de emergencia deben respetar los mecanismos de ajustes elegidos por los contratantes, cuando haciendo uso de la autonomía de la voluntad, resolvieron asumir mayores y previsibles riesgos.

–La realidad indica en la República Argentina que cuando los particulares advierten que sus derechos son vulnerados recurren a mecanismos de protección introduciendo en sus contrataciones cláusulas previsoras de futuros riesgos. Aquí aparece la creatividad y el espíritu equitativo propio de los operadores del derecho, incluidos los notarios.

–Siendo la razón de ser última de los Estados, como comunidades jurídicas organizadas, el bienestar y la paz de sus habitantes, corresponde destacar y recordar

que la Organización de Naciones Unidas (ONU) fijó, como uno de los ocho “Objetivos de Desarrollo del Milenio” (ODM), en 2002, la reducción a la mitad de los niveles mundiales de pobreza extrema en el mundo para 2015. En ese sentido la posibilidad de acceder a créditos e inversiones bajo condiciones justas, con especial defensa de los derechos del consumidor, es una importantísima herramienta para facilitar el acceso a la propiedad, lo que lleva a reducir las brechas sociales y así fortalecer al conjunto de la comunidad. Y es allí donde cobra particular relevancia ese “valor añadido” propio de la función notarial, como garantía de equilibrio, constituyéndose así en un punto de unión entre lo público y lo privado, posibilitando compensar desigualdades sociales y facilitando que el Estado llegue a todos los ciudadanos, sin excepción, potenciando el desarrollo del crédito hipotecario legítimo como motor de la propiedad urbana, y contribuyendo a un adecuado control de las inversiones. La intervención del notario tiende a facilitar el acceso a la información y la asistencia jurídica a la parte más débil. Este papel nos ha hecho adquirir un alto aprecio social, en especial en los sectores menos favorecidos de la sociedad.

1.2. Otras consideraciones previas

Con acierto, la Coordinadora Internacional comienza sus pautas diciéndonos que *“Uno de los avances más interesantes que se presentan en la actualidad a lo largo de todas las disciplinas, es la tendencia a utilizar mecanismos preventivos para evitar la ocurrencia de siniestros de cualquier tipo. Los académicos de las diferentes disciplinas dedican importantes esfuerzos a este campo. Una de las instituciones internacionales que más ha invertido esfuerzos en crear un mecanismo idóneo ha sido la ONU por medio de la estructuración y divulgación de la diplomacia preventiva.”*

En nota a este inicio, se refiere, a modo de ejemplos, a que *“En numerosos compromisos a lo largo de los últimos años, los enviados y mediadores de la ONU han demostrado el valor de la diplomacia preventiva a tiempo. Sus esfuerzos han contribuido, por ejemplo, a proteger transiciones democráticas frágiles en Guinea y Kirguistán, a alentar acuerdos políticos en el Yemen, a canalizar los enfrentamientos hacia el diálogo en Malawi y a propiciar un referendo pacífico en el Sudán Meridional.”*

Si las pautas podrían haber resultado para algunos un tanto breves, de pronto nos encontramos con un campo amplísimo pues se refiere a la diplomacia en el sentido del papel preponderante que ella juega en las complejísimas circunstancias por las que atraviesan hoy las naciones. Quizá huelga la calificación de “preventiva”, pues no otra podría ser hoy la principal misión de tan apreciada como antiquísima práctica. Sin embargo, el calificativo remarca esa tan trascendente finalidad.

Todo ello es muy cierto pero sólo a modo de ejemplo puede venir al caso, pues la labor de los notarios puede escasamente contribuir a obtener la tan ansiada paz a ese nivel.

Y así creemos que también lo entiende nuestra colega Amparo Quintero Arturo, pues nos dice inmediatamente que del mismo modo las demás disciplinas que el hombre practica hacen lo suyo, y, como ejemplo por demás ilustrativo, toma el caso del pronto diagnóstico médico que suele permitir que el correcto tratamiento tenga una alta probabilidad de resultar favorable.

Así entonces, lo mismo sucede en la ciencia del Derecho, la que en sus diversas ramas desarrolla ingentes esfuerzos en la búsqueda de mecanismos que permitan prevenir los litigios y garantizar el equilibrio contractual.

2. Una primera aproximación al tema que nos ha convocado

No podríamos comenzar con el análisis del tema sin tener en claro de qué hablamos cuando a una “cláusula abusiva” nos referimos, por más que los conceptos de “abusar” y de “abuso” nos parezcan de sencilla comprensión.

Si en nuestro auxilio recurrimos al Diccionario de la Lengua de La Real Academia Española, nos encontramos con que “abusar” significa, en su primera acepción –que es la que viene al caso–, usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien.

Y por “abuso” (del latín *abŭsus*), luego de referirse al concepto como a la acción y el efecto de abusar, nos indica que puede tratarse de uno de autoridad, de confianza, de derecho, de posición dominante, de superioridad y (s) sexuales.

El primero es aquél que comete un superior que se excede en el ejercicio de sus atribuciones con perjuicio de un inferior; el segundo se refiere a la infidelidad consistente en burlar o perjudicar a alguien que, por inexperiencia, afecto, bondad o descuido, le ha dado crédito; el tercero alude al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno, y constituye también una circunstancia agravante de la responsabilidad penal; el cuarto, en el derecho de la competencia, significa la actuación comercial prohibida, realizada en perjuicio de otras empresas o de los consumidores, que se prevale de una situación de ventaja; el quinto constituye la circunstancia agravante determinada por aprovechar en la comisión del delito la notable desproporción de fuerza o número entre delincuentes y víctimas, y el último el delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento.

Como vemos, excepción hecha de los delitos penales, todas esas acepciones del concepto abuso, de un modo o de otro, interesan en el tema que nos convoca.

En una primera aproximación, podemos afirmar que cuando hablamos de una cláusula abusiva en el marco que reúne a las personas contractualmente, nos estamos refiriendo a cualquier disposición que genere un desequilibrio evidente entre las partes y que pueda generar un perjuicio patrimonial para una de ellas.

Al punto advertimos que es en el campo de la contratación que vincula a un usuario con una institución, y en aquellos otros en los que una de las partes tiene una posición dominante, en donde más podemos encontrar este fenómeno. Sin perjuicio de ello, puede darse en cualquier otra relación contractual, aún entre particulares.

Resulta ya aquí evidente que esta noción nos conduce al complejo y delicado tema del derecho del consumidor.

2.1. Un poco de historia

2.1.1. El consumo y su evolución

Las cláusulas abusivas están estrechamente ligadas a la evolución del consumo y podríamos afirmar que constituyen una de sus consecuencias.

Desde los primeros tiempos en los que el comercio hace su aparición, el consumo es uno de sus elementos esenciales. La práctica comercial comenzó como una forma de proveer lo indispensable para la supervivencia, para pasar inmediatamente al almacenamiento y a la acumulación de la riqueza.

En una etapa ulterior, la propiedad deja ser comunitaria y deviene una concepción privada de ella. El intercambio de bienes hace su aparición y allí nace el concepto de consumo.

A mediados del siglo XVIII el avance científico y técnico irrumpieron en la escena. Como consecuencia casi natural se produjo la Revolución Industrial y el desarrollo del sistema económico capitalista de acumulación privada. Los procesos de producción fueron impactados por el desarrollo tecnológico, lo que trajo aparejado un espectacular aumento del volumen y de la diversidad de bienes a disposición del hombre, si bien, claro está, no de todos.

El proceso económico existente hasta entonces, en el que primaba una relación artesanal entre insumos y trabajo, y en el que los bienes se diferenciaban mucho por su calidad y diseño, fue rápidamente superado.

El presente y el futuro inmediato quedó representado por una producción en gran escala. El ingreso de la máquina al proceso productivo aumentó enormemente la producción de bienes y servicios, y el comercio se vio expandido en forma tan sorprendente como desconocida hasta entonces.

El transporte en gran escala fue otro fenómeno que vino a sumarse como respuesta a la necesidad del momento, debido principalmente a que muchos centros de producción quedaron alejados de los puntos de comercialización.

La fabricación en serie estandarizó los bienes producidos y la idea de que esos bienes llegaran a mano de la mayor cantidad de personas posible tomó un auge inusitado.

La idea del consumo, ligado a la supervivencia y dirigido a cubrir las necesidades básicas e indispensables para la vida, como alimentos, vestido y vivienda, dio lugar al nacimiento de un nuevo concepto: el de masividad del consumo, con todo lo que ello implicó, principalmente en el modo de comercialización. La publicidad hizo también su aparición en la escena como un elemento útil para activar el consumo. Así, se ha afirmado: "Las relaciones de consumo se han tornado en preponderantes y casi diríamos excluyentes".²

Desde el punto de vista social, un cambio importantísimo tuvo lugar: El hecho de las aglomeraciones³. Por doquier las ciudades comenzaron a inundarse de gente; sus calles, hoteles, medios de transporte, lugares de reunión, salas de espectáculos, bares, etc., se llenaron de personas. Lo que hasta el momento no constituía un problema, comenzó a serlo: faltó lugar, faltó sitio. Apareció así el consumidor.

2.1.2. Consecuente evolución del contrato

Como natural consecuencia, en poco tiempo, la estructura de la contratación cambió radicalmente.

Estos cambios impactaron decisivamente en el modo de contratar. La negociación individual, en la cual las partes se acercaban, cada uno en ejercicio de su papel –el proveedor con su bien y el adquirente con su necesidad–, que acordaban hasta entonces el precio y las demás condiciones de venta cedió en poco tiempo frente a la aparición de la empresa que reemplazó al artesano y comenzó a fijar por sí sola ese precio y todas las demás condiciones de la comercialización. El contrato de adhesión entró en escena.

A partir de entonces las relaciones jurídicas sólo pueden ser interpretadas dentro de un nuevo contexto histórico, económico, social y, especialmente, cultural. En la redacción de los contratos se ven reflejados los cambios socioeconómicos, muy sensibles a las nuevas costumbres.

Para introducirnos en este breve análisis, podemos decir que el contrato es un concepto normativo que va cambiando de acuerdo con los presupuestos de hecho y el consecuente cambio de las costumbres.

² GHERSI, Carlos A. Teoría general del Derecho de Consumo. Manual de los derechos de usuarios y consumidores. Gherzi, Carlos A. y Celia Weingarten: Directores. Buenos Aires. La Ley. 2011.

³ Una aguda mirada que analiza este fantástico hecho desde el punto de vista sociológico y político, puede encontrarse en "La rebelión de las masas", quizá la obra más famosa de José ORTEGA y GASSET. Libro habitualmente mal entendido, no porque resulte "denso" o difícil de leer. No, por el contrario, está formidablemente escrito, con una fluidez incomparable y las ideas que allí encontramos son riquísimas y de una claridad sorprendente. Como bien ha dicho su discípulo Julián Marías, el hecho de entenderlo mal se debe a una deformación deliberada de quienes buscan en él –y fingen encontrar– lo que desean o lo que temen. Resulta sencillo advertir, para quien lo lee sin prejuicios, que se le hace decir al autor lo que este no dijo ni pensaba o, en todo caso, dijo pero acompañado de otras cosas y de otros conceptos que es necesario tener en cuenta. En definitiva, sucede con este libro lo que con muchos famosos: los malentienden tercamente los que no han leído de ellos más que sus títulos.

Estos distintos supuestos podemos advertirlos de acuerdo a las distintas épocas en que nos situemos para observar el fenómeno.

Así, en la llamada Edad Moderna –calificativo que siempre nos sorprende pues el concepto “moderno” resulta siempre tardío en su aplicación y hoy cada vez es más efímero– el contrato estaba ligado estrechamente al modelo de mercado capitalista, y sus características más importantes fueron:

–La supremacía de la autonomía de la voluntad, que implicaba la posibilidad de contratar o de no hacerlo, de elegir al otro contratante y a determinar todo el contenido del vínculo que los unirá.

–Consensualismo y amplia libertad de formas.

–Fuerza obligatoria de lo convenido, ya que lo que se acuerda libremente es esencial y considerado justo y no revisable por ninguna persona ajena a los contratantes.

Esta concepción, en extremo liberal del contrato, se vio afectada a mediados del siglo XX, cuando nuevos enfoques tuvieron lugar. Entre ellos:

–La autonomía de la voluntad comienza a ceder al considerarla un derecho que podía y debía ser limitado por el estado.

–La libertad para fijar el contenido del contrato se vio afectada por un nuevo ánimo: El de la protección a la parte que se considera más débil. El Orden Público en materia económica comienza a imponer reglas en la contratación.

–El consensualismo se ve limitado por la ley.

–Los jueces, como consecuencia, pueden revisar lo actuado y de hecho postergan la fuerza obligatoria del contrato.

Esta nueva forma de ver las cosas, que parecía no tener ya retorno, vuelve sobre sus pasos con una nueva concepción económica: El neoliberalismo.

Hacia finales del siglo XX, el liberalismo retoma su preponderancia como consecuencia de que en todo el mundo pudo advertirse que la exagerada intervención del estado llevó a la ineficiencia en la producción y comercialización de bienes y servicios, y, en definitiva, a una pobreza creciente. Se propuso entonces el regreso a la libertad y la iniciativa privada. El respeto a la autonomía privada trajo, como natural consecuencia, la desregulación de los contratos, la restricción a la revisión de ellos por los jueces y una resistencia a toda medida de protección del más débil.

Como suele suceder, en este *corsi e ricorsi* de la historia humana, en la actualidad se ha vuelto a considerar como indispensable la protección de la parte a la que se considera más débil en la relación contractual. Las leyes de defensa del consumidor, constituyen un claro ejemplo de esta nueva tendencia.

2.1.3. La autonomía de la voluntad. Evolución en su aplicación

Volvamos sobre este concepto. La autonomía de la voluntad es un principio básico en materia de derecho contractual. La facultad de regirse por las propias reglas, tomar decisiones y regular intereses privados, a través del negocio jurídico, sin limitaciones a la voluntad de creación de las normas jurídicas individuales, salvo las impuestas por el orden público, la moral y las buenas costumbres, es la expresión máxima de este principio que se ha sustentado en una concepción individualista del hombre, clásica del siglo XIX y principios del siglo XX.

Este principio, como expresión de libertad del ser humano, ha sufrido en la historia del derecho vaivenes, ampliaciones, restricciones y limitaciones según el país y conforme a los contextos sociales, políticos y económicos imperantes en cada lugar.

Los paradigmas sociales han ido cambiando. Los derechos económicos, sociales y culturales, explicitados en el Pacto Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1966, han avanzado frente a la desigualdad social, exigiendo a los estados conductas concretas que garanticen el acceso igualitario a esos derechos y su generalización a todos los estratos sociales. En una sociedad democrática, los derechos no pueden ser ejercidos solo en miras del interés individual; el interés social, la protección de los más débiles y la solidaridad se vinculan y ponen límites a su ejercicio. El derecho a la calidad de vida, al medio ambiente, al desarrollo, el derecho a la adquisición, disfrute y a la calidad de bienes y servicios a consumidores y usuarios, son derechos humanos, llamados de tercera generación, que van marcando el rumbo de los cambios aludidos, y repercuten decididamente en la contratación.

La igualdad de poder de negociación de las partes, la autonomía de la voluntad como garantía de un acuerdo equilibrado y justo, se sostuvo en base a una hipotética realidad, ya que los hombres no son todos iguales y tampoco lo son en el ejercicio de sus derechos, ya que algunos tienen una posición dominante y otros una notoria debilidad.

La concepción clásica, de plena libertad contractual, se contrapone con los contratos celebrados masivamente, con condiciones generales de contratación, con cláusulas predispuestas, cuya modalidad es la redacción unilateral, exclusiva, uniforme, y excluyente del predisponente, que generalmente no tiene tratativas previas, de manera que la única alternativa de la otra parte es adherir al contrato predispuesto o no contratar, pues carece de la posibilidad de introducir modificaciones. Esta libertad de decisión se torna relativa o prácticamente inexistente en contratos de consumo cuya suscripción resulta imprescindible, y que el adherente encontrará uniformada en el sector industrial o prestador de servicios de referencia (bancos, entidades financieras, compañías de seguros, transporte, telefonía, etc.).

De todos modos “*Los contratos de adhesión se celebran siempre con cláusulas predispuestas, pero no todos los contratos con cláusulas predispuestas son celebrados por adhesión*”.⁴

La masificación de la contratación, las cláusulas predispuestas por la parte más fuerte en la negociación irrumpe en forma contundente y provoca un desequilibrio que afecta la libertad contractual.

Los contratos con cláusulas negociales generales, o contratos tipo o contratos estándar, que caracterizan la contratación masiva tienen ventajas para la organización empresarial, especialmente económicas y jurídicas, y también para quienes participan de la cadena de comercialización de bienes y servicios, por su previsibilidad, reducción de costos, de tiempo y facilidad de cálculos, simplificando, según algunos, la contratación. Pero también tienen grandes desventajas para el adherente, cuando contienen cláusulas abusivas que, sin negociación previa, acentúan el poder del predisponente y provocan un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones en desmedro del adherente o consumidor, en contraposición al principio de buena fe contractual, que pone límites al abuso de derecho.

La tutela jurídica se torna entonces indispensable para la protección de la parte más débil de la contratación. Es el *favor debilis* un principio general de derecho que se aplica cuando de los efectos de ciertos actos jurídicos surge una desigualdad que justifique tal protección. El consumidor se encuentra en situación de debilidad jurídica, económica y técnica en relación con el proveedor, quien aprovechándose de esa posición dominante reafirma su poder.

3. La cláusula abusiva

3.1. Concepto

Con lo dicho podemos ingresar ya con más precisión al tema que nos ocupa.

Sin perjuicio de los conceptos ya vertidos, estas cláusulas han recibido distintas denominaciones, además de “abusivas”. Así también se las denomina “gravosas”, “restrictivas”, “leoninas”, por citar algunos ejemplos.

Frecuentemente se las define como aquellas que entrañan una ventaja desproporcionada para una de las partes que provoca un desequilibrio en las prestaciones y la ruptura de la relación de equivalencia que debe existir en toda contratación.

⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. Derecho de los Contratos. Parte general, pág. 146. Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

Podemos también afirmar que por cláusula abusiva debe entenderse toda aquella que afecte inequitativamente a una de las partes al desnaturalizar las obligaciones a su cargo de modo tal que implique un desequilibrio contractual.

De ello se deduce que no deben ser consideradas únicamente con relación a la contratación predispuesta celebrada por adhesión, como en los contratos de consumo, sino que podemos también encontrarlas en todos aquellos en los que una de las partes queda colocada en una situación de debilidad. Sin embargo, el control y los efectos funcionan en la práctica de modo diferente. En el primer caso, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, frente a la cláusulas abusivas se opta por la invalidez parcial del contrato, por ser manifiesta la nulidad y se tienen por no convenidas; en el segundo, en los contratos discrecionales, la nulidad de estas cláusulas debe ser especialmente apreciada por la justicia y la determinación acerca de si la nulidad será total o parcial dependerá de la interpretación del contrato, teniendo especialmente en cuenta los fines tenidos en cuenta por las partes al celebrarlo.

Sin perjuicio de lo expresado, no dudamos que es en los contratos de consumo o de adhesión donde es más frecuente encontrar estas cláusulas abusivas, ya que por la modalidad en su formación el proveedor encuentra un ámbito propicio para hacer valer su mayor poder en la contratación y se favorece así la imposición de condiciones generales más gravosa para el consumidor.

Esta desproporción, que desnaturaliza la relación obligacional, suele manifestarse en la ampliación de los derechos del predisponente y en la reducción o alteración de las obligaciones en su beneficio, con el consecuente detrimento de los derechos del adherente. Como ejemplo podemos citar la reserva del derecho por el disponente de dejar sin efecto su deber de cumplimiento –que le permitirá rescindir unilateralmente y sin causa objetiva y justificada el contrato–, o la limitación de su responsabilidad por daños en caso de incumplimiento parcial o total de la obligación a su cargo. También, a la inversa, cuando se amplían las obligaciones del adherente o se suprimen o modifican sus derechos en su perjuicio. Tal el caso de fijación por el predisponente de un plazo de caducidad menor al establecido legalmente para la denuncia por el adherente de vicios ocultos, o el establecimiento de penas o multas exorbitantes en caso de no aceptación o aceptación tardía de su parte o de mora en el pago.

Particularmente, teniendo en cuenta cuáles cláusulas suelen considerarse abusivas en los distintos ordenamientos, surge su conceptualización legal. Así y al sólo modo ejemplificativo, la ley argentina de Defensa del Consumidor –a la que nos referiremos–, en su artículo 37, señala que deben considerarse abusivas aquellas cláusulas que: a) desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) importen una renuncia o una restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Esto implica la adopción de una norma de carácter “abierto”, es decir que presenta una flexibilidad que permite abarcar en el concepto no sólo las que hoy pueden encontrarse en el mercado, sino también aquellas que van surgiendo como nuevas “creaciones” de los operadores y que implican desequilibrios o que confieren ventajas a los proveedores y generan una consecuente disminución de los derechos de los consumidores.

Se declaran partidarios de este sistema legal “mixto” de conceptualización autores como Mosset Iturraspe y Piedecabras, ya que presentan la ventaja de combinar una norma general comprensiva del principio que permite orientar respecto de cuál es una cláusula abusiva, y las listas que enumeran las cláusulas que ya se encuentran prohibidas en un ordenamiento, y que sirven como ejemplo para incluir otras no enumeradas pero que responden al concepto. Ello implica confiar en la sagacidad y sentido común de los jueces para discernir en cada caso cuándo se está ante una de estas cláusulas que significan en la práctica una ventaja desmedida, aprovechadora, sorpresiva o subrepticia para la parte débil de la contratación.⁵

Agregamos –adelantándonos en el desarrollo– el papel preponderante que cabe al notario en esta tarea, con la ventaja de que ella se lleva a cabo en la etapa previa al conflicto.

3.2. Sus caracteres de acuerdo con las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas

De acuerdo con estas directivas, los caracteres principales de las cláusulas abusivas son: a) que no hayan sido negociadas individualmente; b) que al consumidor le sea presentada la cláusula redactada previamente por el proveedor de bienes y servicios sin que pueda éste participar o influir en su contenido; c) que su contenido constituya una infracción a la buena fe, y d) que cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, derivadas del contrato.⁶

Estos caracteres fueron receptados por la propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 3 de setiembre de 1990, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y luego incorporados en la Directiva 93/13 de la CEE, adoptada el 5 de abril de 1993.

Específicamente, el art. 3 de la Directiva 93/13 de la CEE establece: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, y PIEDECABRAS, Miguel. Contratos. Aspectos generales. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 263, 10.

⁶ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M. La Protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea, pág. 203 y sig. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España. Centro de estudios registrales. Madrid, 1994.

derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba...”.

3.3. Interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Directiva ha sido interpretada recientemente a solicitud del Juzgado en lo Mercantil 3 de Barcelona, España, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en la sentencia del 14 de marzo de 2013, a propósito de las actuaciones promovidas ante ese Juzgado por un particular que reclamó un pronunciamiento declarativo tendiente a anular por abusiva una cláusula del contrato de préstamo hipotecario que celebró con la Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa.

El Juzgado Mercantil preguntó al citado Tribunal de Justicia sobre la conformidad del derecho español con la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Las cláusulas estaban relacionadas con el vencimiento anticipado, la tasa de interés por mora y la aplicación de interés variable, entre otras cuestiones.

La Sentencia del Tribunal criticó el carácter irreversible de la adjudicación final del bien hipotecado tras el procedimiento de ejecución, regulado en España por la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentando que la legislación interna no puede otorgar menos garantías, ni ser menos favorable que las establecidas en la mencionada Directiva. El Tribunal no concluyó expidiéndose sobre si las cláusulas objeto de impugnación son o no abusivas, pero sí estableció los parámetros necesarios para estimar que una cláusula es abusiva cuando no existe buena fe y produce un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre el consumidor y la entidad de crédito.

Quedó plasmada en la sentencia del Tribunal la discordancia del sistema de ejecución hipotecaria con la normativa de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE. Este pronunciamiento provocó el requerimiento general de una pronta modificación del sistema español.

En poco tiempo, el 14 de mayo de 2013, fue sancionada la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que prevé la suspensión inmediata y por dos años de las ejecuciones hipotecarias que afecten a familias en situación de exclusión social, y asimismo modificó la ley hipotecaria y la de enjuiciamiento civil en lo referido a la ejecución hipotecaria, facultando al juez, cuando aprecie el carácter abusivo de una o

varias cláusulas del contrato, a suspender la ejecución, dar audiencia a las partes y luego resolver lo procedente. El auto que dicte determinará las consecuencias de dicha calificación, *“decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.”* (conf. arts. 552, 557 y 561 LEC).

Con relación a la acción hipotecaria mediante venta extrajudicial del bien hipotecado, que se realiza ante notario, la ley 1/2013 modificó el apartado 2 del artículo 129 de la ley hipotecaria, estableciendo que *“Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor”*.

La Directiva 83/2011 del Parlamento y del Consejo de la UE sobre los derechos de los consumidores –adoptada el 25 de octubre de 2011 y por la que se modificaron las Directiva 93/13 del CEE del Consejo y la 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogaron la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo– tiene por objeto fortalecer el mercado interno de la Comunidad Europea, mediante la armonización máxima de las legislaciones de los estados miembros, referida al régimen de derechos y deberes de las partes en los contratos de intercambio de bienes y servicios para el consumo, celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, principalmente a través de Internet, y de acuerdo con un estándar regulatorio que implica una alta protección de los consumidores. Uno de sus aspectos importantes es describir en forma minuciosa, el contenido del deber de los oferentes de informar a los consumidores con carácter previo a la contratación.

Con esta Directiva “Se ha culminado la “Revisión del Acervo comunitario del Derecho de consumo”, que se inició en 2005. Se ha incorporado a la legislación española por medio de la Ley 3/2014 de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que refuerza el derecho de éstos a obtener tal información y a reaccionar a fin de exigir su cumplimiento, pero

también eleva su nivel de diligencia y su deber de auto tutela, y, correlativamente, reduce el ámbito de ignorancia excusable”.⁷

3.4. Registro de Control de Cláusulas Abusivas. Consejo General del Notariado español

Teniendo en cuenta la repercusión de la STJUE y de la Ley 1/2013, del 14 de mayo, los notarios, como funcionarios públicos que también tienen el deber de garantizar a los consumidores esa tutela tan ansiada, han creado en junio de 2013 el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA), dependiente de la Comisión de Consumidores del Consejo General del Notariado, conformado por notarios y expertos en la materia. En su presentación, el Consejo explicó que el principal objetivo de este órgano será impedir que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que se otorguen en escritura pública, *“lo que incrementará la seguridad jurídica en la contratación y ayudará a prevenir impugnaciones judiciales”*.

También han desarrollado un archivo informático que contendrá todas las sentencias judiciales firmes en las que alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario haya sido declarada abusiva.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico español cuenta con dos Registros: Por una parte, el de Condiciones Generales, competencia de los Registradores de la Propiedad, y, por otra, este registro de competencia de los notarios. Consideran los notarios españoles que este último registro constituye un medio para lograr un fin, pero a la vez una posible clave para ayudar a dar un giro a la situación actual que se está viviendo: evitar el otorgamiento de escrituras públicas que contengan cláusulas que posteriormente puedan ser objeto de impugnación judicial. Sistema de control, en todo caso, que permite apuntalar esta tutela de los ciudadanos, amén de corregir las posibles deficiencias del sistema tras la evaluación pertinente.⁸

3.5. Directrices de las Naciones Unidas

En el ámbito de las Naciones Unidas, se han elaborado Directrices para la protección del consumidor, que fueron aprobadas por la Asamblea General por Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985, con el objeto de elaborar los principios sobre los derechos de los consumidores, y servir de guía para el desarrollo de las legislaciones nacionales de protección al consumidor. Ellas promueven la libertad de constituir organizaciones de consumidores para hacer oír sus opiniones en los procesos en los que se tomen decisiones que los afecte. Reflejan los derechos de los consumidores y usuarios, tales como el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, a la seguridad, a ser informado y escuchado, promoción y protección de sus

⁷ PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona). El Notario del Siglo XXI. Julio-agosto 2014/56.

⁸ Revista CESCO de Derecho de Consumo, 7/2013. www.revista.uclm.es/index.php/cesco págs. 195-217. Ana Isabel Blanco García- FPI-MINECO Derecho Procesal-Universidad de Valencia.

intereses económicos, a la educación, a elegir, el derecho a la reparación y compensación efectiva, libertad de constituir asociaciones de consumidores, y hacer oír sus opiniones, a vivir en un medio ambiente sano. Desde 1999, están en proceso de revisión, para adecuarlas a las nuevas necesidades de los consumidores, que se estima se extenderá hasta 2015.

4. La experiencia en la República Argentina

4.1. Antecedentes

El Código Civil Argentino, que entró en vigencia en 1871, si bien puso énfasis en el principio de libertad de contratación, no escapando de la orientación de su época, no permitió las desviaciones que podrían conspirar contra las exigencias del bien común. Incluyó así preceptos que reservaban al juez una acción protagónica con facultades en cuanto a la integración del contrato cuando fuere pertinente y aún a su revisión.⁹

La reforma introducida por la ley 17711, en 1968, y otras modificaciones posteriores, incorporaron a la legislación de fondo institutos que atemperaron la concepción clásica, tales como el abuso de derecho y la lesión, que habilitan a demandar la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, a través de la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos y la teoría de la imprevisión, entre otros principios, han ampliado notoriamente las facultades de los jueces para intervenir en la interpretación y ejecución de los contratos, lo que implica tender a una solución justa que equilibre los derechos y obligaciones de las partes.

La reforma constitucional de 1994 –que incorporó entre otras instituciones los tratados internacionales sobre derechos humanos, el *habeas corpus*, el *habeas data* y la acción de amparo– incorporó expresamente en el capítulo segundo de su primera parte (“Nuevos derechos y Garantías”), la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, consagrando los derechos a la protección de la salud, de su seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, a condiciones de trato equitativo y digno, a la educación para el consumo, y el derecho a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.¹⁰

⁹ Conf. ALTERINI, Jorge H. La ley y el juez ante las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta. El Derecho, Jurisprudencia general. UCA. Tomo 153, Buenos Aires, 1993.

¹⁰ Textualmente, en su artículo 42, dice: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos; y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la

El reconocimiento de esos derechos ya surgían expresa o implícitamente de otras normas constitucionales, como los artículos 14, 16, 17, 18, y 33. Se sancionaron además leyes especiales destinadas a proteger el derecho de los consumidores y usuarios en determinados aspectos de la producción y comercialización de bienes, como la ley 20.680, de Abastecimiento, donde se establecen las “normas que regirán con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios y las penalidades para los infractores; la ley 22.802, de Lealtad Comercial, que reúne en un solo cuerpo las normas vigentes referidas a la identificación de mercaderías y a la publicidad de bienes muebles, inmuebles y servicios; la ley 25.156, de Defensa de la Competencia, sobre “acuerdos y prácticas prohibidas, posición dominante, concentraciones y fusiones, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, procedimiento de actuación, sanciones, apelaciones”; la ley 19724 de Prehorizontalidad, modificada por la ley 20276, que regula la comercialización de unidades de edificios que se someterán al régimen de Propiedad Horizontal, la ley 14.005, reformada por la ley 23.266, sobre venta de inmuebles fraccionados en lotes, pagaderos a plazos, para mencionar sólo las principales.

4.2. Leyes especiales

4.2.1. Ley de Defensa del Consumidor

El 22 de septiembre de 1993 fue promulgada la ley 24240, de “Defensa del Consumidor”, que vino a llenar un vacío legal en nuestra legislación con relación a los contratos de consumo o por adhesión, que necesitaban una normativa específica, por sus características especiales.

Esta ley fue modificada, entre otras, por la ley 26361, promulgada el 3 de abril de 2008, que introdujo varias reformas. Entre ellas, se amplió su objeto. Mientras que su versión original sólo comprendía las contrataciones onerosas destinadas a la adquisición o locación de cosas muebles y la adquisición de inmuebles “nuevos y destinados a vivienda”, siempre que su oferta fuera pública y dirigida a persona indeterminada, como así también lotes de terreno destinados a vivienda, la modificación engloba dentro de los posibles objetos del consumo a los inmuebles, siendo indiferente la forma en que se haya hecho la oferta y si su destino es para vivienda; las cosas pueden ser nuevas o usadas. Quedó entonces como único requisito que el adquirente sea el destinatario final y lo utilice en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La nueva norma define la relación de consumo, como el “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”, y amplía el concepto de este último a “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio, de su grupo familiar o social”. Debe interpretarse que la persona jurídica solamente será considerada “consumidor”

necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”.

cuando los bienes adquiridos fueren de consumo, y no para ser empleados en el desarrollo de su objeto social, en su capital, u otro similar.

La norma equipara a los consumidores y usuarios a quienes sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, quedan expuestos a ella. Incorpora así el concepto del *bystander* del derecho anglosajón, es decir al espectador o al tercero, determinable o no, próximo al producto o servicio, que sin ser parte en la relación de consumo, goza por esa exposición de la aplicación de la normativa protectoria específica.¹¹

Con relación al proveedor, la nueva ley especifica por una parte las actividades de la cadena de producción y comercialización, caracterizándolo como toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolle de manera profesional aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación o exportación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinado a consumidores o usuarios. El rasgo que caracteriza al proveedor es la oferta profesional de los bienes o servicios, la profesionalidad. Quedan excluidos los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos. No obstante, quedarían incluidos los profesionales que actúan de manera empresarial, constituyendo éste el rasgo distintivo de su actividad.

La ley declara la integración normativa de sus disposiciones con las normas generales –Código Civil y Código de Comercio– y con aquellas especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular las leyes de Defensa de la Competencia y la de Lealtad Comercial, antes mencionadas, o las que en el futuro se dicten.

En caso de duda sobre la interpretación de los principios establecidos en la ley, debe prevalecer la más favorable al consumidor, o *in dubio pro consumidor* (conf. art. 3). El mismo principio debe aplicarse en la interpretación del contrato, y cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa para el consumidor (conf. art. 37).

La buena fe y el deber de información están establecidos en la ley como parámetros de interpretación de las *cláusulas abusivas*. Así el consumidor podrá demandar la nulidad del contrato, o la de una o más cláusulas, cuando el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en la celebración, o transgreda el deber de información. La misma sanción está prevista cuando el oferente

¹¹ Esta figura ha sido incluida en el Código del Consumidor de Brasil (ley 8078 del 11/9/1990), en la Directiva de la CEE 85/374/, del 25/7/1985 y sus modificaciones, relativa a la protección de los consumidores contra los daños causados por productos defectuosos, legitimando a las víctimas a solicitar la reparación de esos daños, y por la Res.123/96 del Grupo Mercado Común del Mercosur, y en el Anexo del Protocolo de Santa María del 17 de diciembre de 1996, sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (aunque ambos instrumentos no entraron en vigencia).

transgreda la ley de la competencia o la de lealtad comercial. En todos los casos en que se declare la nulidad parcial, el juez integrará el contrato, si fuere necesario.

El legislador no ha establecido cuáles son las cláusulas abusivas. Optó por establecer un sistema de cláusulas abiertas, que tienen la flexibilidad necesaria para adecuarse a las que se utilicen en los contratos de consumo. La doctrina es conteste en que se ha elegido acertadamente el camino intermedio entre fijar pautas muy generales, que pueden resultar vagas, y el de mencionarlas muy específicamente. El art. 37 expresa cuáles son los parámetros para conocer si una cláusula es abusiva, sin perjuicio de la validez del contrato, que no son taxativos. Las enunciaciones específicas son las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños –conf. inc. a)– y las que impongan la inversión de la carga de la prueba –conf. inc. c)–. Las demás enunciaciones corresponden a pautas generales: las que desnaturalicen las obligaciones, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, o amplíen los derechos de la otra parte en perjuicio del consumidor.

El decreto 1798/94, que reglamenta la ley 24240, en su art. 37 exige dos requisitos para que las cláusulas sean consideradas abusivas: el desequilibrio entre las contraprestaciones y que como consecuencia de ese desequilibrio, se perjudique inequitativamente al consumidor o usuario.

4.2. 2. Las acciones colectivas

4.2.2.1. Su incorporación en la legislación

La modificación introducida a la ley de Defensa del consumidor por la ley 26361, incorporó a la legislación argentina las acciones colectivas de reparación patrimonial. La Ley de Defensa del consumidor, en su artículo 52, dice ahora que “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados para funcionar, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal”. La norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos.

Dispone, con relación a las acciones de incidencia colectiva, que la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los “términos y condiciones que el magistrado disponga” (art.54, 2do. párrafo), es decir que podrán los disconformes iniciar acción individual en protección de sus derechos.

4.2.2.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

La legitimación procesal de las Asociaciones de Consumidores fue reconocida expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*Halabi, Ernesto c/Pen – ley 25873- dto ley 1563/04 – s/amparo ley 16986*", de febrero de 2009, donde se fijaron las bases y requisitos mínimos que debían cumplir este tipo de acciones, aunque en el caso concreto no se discutían derechos de los consumidores. A pesar de que la acción se inició de manera individual, la Corte le dio carácter colectivo y la sentencia tuvo efectos *erga omnes*.

En la sentencia, la Suprema Corte menciona antecedentes de sistemas jurídicos de derecho comparado.

Así, con relación a los Estados Unidos de América, cita las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, que mediante la labor jurisprudencial se han delineado las *class actions*, cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, y adquiere contornos más precisos en las *Federal Rules* de 1966. La Regla 23 de procedimientos civiles, que ha tenido varias modificaciones, determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandados como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable; 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase; 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. Los efectos de la sentencia se extienden a todos los miembros del grupo que no hayan solicitado su exclusión, sea ella favorable o desfavorable (*erga omnes*).

En cuanto a la legislación española, en el ámbito de consumidores y usuarios, la sentencia cita normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (nº 1 del 7 de enero de 2000), que reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los "grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables". El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6º, inc. 7º). De esta manera, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).

Con respecto al régimen legal de Brasil, la sentencia cita el Código del Consumidor, ley 8078 del 11 de septiembre de 1990, que incluye una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo; la normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales (que son comunes a una colectividad de personas) de naturaleza

indivisible del que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales (arts. 81, 91 y ss).

Con relación al ordenamiento jurídico argentino, la sentencia marcó la trascendencia de las normas constitucionales, que autorizan el ejercicio de las acciones para la defensa de intereses colectivos, con prescindencia de las figuras establecidas en las normas procesales, con especial referencia a la interpretación dada por la misma Corte al art. 43 de la constitución, sobre la acción de amparo individual y colectivo.¹²

Para la utilización de la figura de la "acción colectiva", y en resguardo del derecho de la defensa en juicio, ante la posibilidad que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar, la Corte Suprema establece en esta causa las bases para la admisión formal de esta acción: la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Agregó que debe establecerse un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas las personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, para darles la alternativa de optar participar como parte o contraparte.

Ante la posibilidad de la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto, la sentencia menciona la necesidad de una *publicidad adecuada*, a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

A partir del fallo dictado el 21 de agosto de 2013, en autos "*Padec c/ Swiss Medical*", la Corte Suprema admite específicamente la posibilidad de una acción de clase en cuestiones atinentes a los derechos de los consumidores, cuando se cumplan los requisitos previamente establecidos en pronunciamientos anteriores, especialmente en "Halabi"

4.2.2.3. Registro de acciones colectivas

Para dar publicidad a las acciones colectivas y evitar la proliferación de procesos colectivos con el mismo motivo, se ha creado en el ámbito privado el Registro de

¹² El art. 43, dice que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor el pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Acciones Colectivas, que almacena información sobre las Acciones de Clase iniciadas en Iberoamérica para la defensa de intereses que conciernen a grupos colectivos de personas. La información incluye el estado del trámite y el texto de las sentencias respectivas, con el fin de que los beneficiarios puedan reclamar el cumplimiento de las condenas dictadas a su favor. El Registro provee información a los tribunales y a las asociaciones especializadas con el fin de evitar la repetición de acciones con el mismo objeto o el dictado de sentencias contradictorias¹³.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó el 21 de agosto de 2013, la Acordada 3660 por medio de la cual dispuso la creación del Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva, en el cual quedó subsumido desde entonces el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva previsto en la Ley 13.928. Este es el primer registro público de este tipo en la República Argentina. Deberán anotarse en él *“todos los procesos en que se debatan derechos colectivos o de incidencia colectiva en general, a excepción de los procesos de hábeas corpus”* (art. 2) y será deber de los jueces intervinientes comunicar la información necesaria para ello (art. 3). También se toma nota de los procesos colectivos que tramiten en extraña jurisdicción y sean voluntariamente informados por los jueces pertinentes. El Registro es público y accesible desde el sitio web de la SCBA, y la información allí contenida podrá ser libremente consultada en forma gratuita.¹⁴

4.2.3. Control judicial de las cláusulas abusivas

Siendo una de las mayores dificultades que presentan los contratos con condiciones generales, la existencia de cláusulas abusivas, se requiere un sistema de control que a la luz de la legislación vigente suele mostrarse insuficiente. Por ello, la necesidad de implementar mecanismos preventivos, que sumados al control judicial permitan una protección eficaz de los derechos del adherente o de cualquier otra persona que pueda verse perjudicada con el contenido abusivo del contrato.

Algunos fallos dictados en nuestro país muestran que el control judicial de estas cláusulas ha resultado eficaz. En algunos casos, mediante su análisis en el contexto del contrato, a efectos de considerar si deben ser calificadas como tales, concluyendo que no lo son, y conservar el contrato en su integridad, o, en caso afirmativo, en otros, decidiendo la nulidad de la cláusula e integrando el contrato en lo pertinente.

Citaremos dos fallos dictados en el marco de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

En el primero, del 18 de octubre de 2006, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville, Provincia de Córdoba, denegó la apelación incoada por el demandado en una ejecución hipotecaria, contra el rechazo a la excepción de

¹³ www.mercadoytransparencia.org/acciones

¹⁴ www.classactionsargentina.com/2013/08/22/la-scba-crea-el-primer-registro-publico-de-procesos-de-incidenciacolectivadel-pais-ba/.

incompetencia territorial planteada y sostuvo la validez de la cláusula por la cual las partes habían acordado prorrogar la competencia a otra provincia.

La demandada reiteró ante la Cámara la petición de invalidez de la cláusula o "Artículo décimo octavo" de la escritura pública de constitución de la hipoteca que era objeto de ejecución, por el cual ambos contratantes se "sometieron a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de la Ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba, con renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder, en especial al fuero federal". El recurrente insistió en la nulidad de tal cláusula por estimar que se ha alterado el principio de igualdad o de equilibrio contractual, por profundos vicios en el consentimiento. Fundó su afirmación en circunstancias fácticas: su domicilio real se ubicaba en la Ciudad de Santa Fe; el contrato de mutuo y la constitución de la hipoteca se celebró en dicha Provincia, en la sucursal bancaria donde recibió el dinero y abonó las cuotas; además, que la actitud del Banco vulneró la garantía constitucional de que las contiendas de los ciudadanos deben ser resueltas por sus jueces naturales; que el Banco actor es una entidad poderosa que cuenta con un aparato legal, patrimonial y logístico muy importante, que le permite ejercer sus funciones en el ámbito de todo el país, siendo distinta a su situación que debe acudir a litigar a un lugar distante a 350 kms. de su domicilio real, ocasionándole dificultades económicas y personales. Consideró el deudor que la "cláusula de prórroga de competencia" era abusiva, ya que no había sido discutida o negociada entre las partes, sino "impuesta por el banco", importando un desequilibrio significativo en los derechos del deudor frente a la condición de predisponente que tenía el Banco, violando la ley de defensa del consumidor.

Luego de un análisis de las circunstancias de hecho y de las normas aplicables, la Cámara afirmó que no se habían dado ninguno de los criterios generales o particulares que permitieran calificar de abusiva dicha cláusula, según las pautas de valoración o calificación previstos en el art. 37 de la ley 24.240, que consideraba inaplicable; que tampoco podía ser discutida en base a la doctrina del "abuso del derecho" (arts. 953, 1071 y concs. C.C.), habida cuenta de que la competencia territorial es de principio esencialmente prorrogable por la sola voluntad de las partes contratantes, y, como en el caso, "*se halla probado en escritura pública la existencia del consentimiento dado por la hoy demandada debemos estar por la conservación del acto en su integridad dada la fe pública en juego*".¹⁵

En el segundo, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, el 15 de setiembre de 2011, se confirmó la sentencia de primera instancia que admitió la demanda de un deudor hipotecario, cuyo codeudor había fallecido, contra el banco acreedor que negó la operatividad del seguro de vida contratado conexamente con el mutuo.

¹⁵ "*Banco de Galicia y Bs. As. S.A. c. Capello, Horacio L.*". Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville (CCiv. y Com. Bell Ville). LL C 2007, febrero, 72.

La solicitud de la codeudora fue denegada por el banco, con fundamento en que sólo debía considerarse asegurado al deudor que figuraba en primer término en el documento del crédito. Frente a tal situación, aquélla promovió acción por cumplimiento del contrato. La sentencia de grado admitió la demanda, y la Cámara confirmó dicho decisorio.

La sentencia expresa que “*la cláusula del contrato de seguro de vida celebrado a fin de cubrir el riesgo de muerte de los tomadores de un mutuo con garantía hipotecaria, en la cual se establece que sólo resulta asegurable quien figura en primer término en el documento del crédito, es abusiva...*”, en tanto los deudores hayan cumplido juntamente con todas las directivas que el banco haya impuesto, desde la presentación de formularios hasta el pago de la primas. Con relación al contrato de seguro lo calificó como un típico contrato de adhesión, debiendo ceñirse como tal a lo establecido por la Ley de Defensa del Consumidor, y “*su interpretación debe ser realizada en el sentido más favorable al consumidor, como forma de proteger la parte más débil de la relación, ello en virtud del principio del "favor débilis", y con la idea de restablecer la relación de equivalencia entre las partes, puesto que el proponente es quien decide qué expresará el contrato, en el cual el firmante no tiene opción sino de firmarlo o no, dejándolo sin posibilidad de modificarlo, ya sea total o parcialmente.*”

La sentencia confirmada hizo lugar a la demanda entablada, condenando al Banco acreedor y a la Compañía de Seguros a disponer lo necesario para que se redujera el monto adeudado por la actora a la entidad bancaria en un 50% del saldo insoluto.¹⁶

4.2.4. Algunas consideraciones sobre el impacto de la ley de defensa del consumidor en la comercialización de inmuebles

Es indudable que la Ley de Defensa del Consumidor ha despertado la conciencia respecto de las conductas abusivas por parte de las empresas proveedoras de bienes y servicios. Se trata de abusos a los que nos vemos sometidos los argentinos en una serie de contrataciones, sean pequeñas o de mayor envergadura.

La experiencia como consumidores comienza cada mañana por el simple hecho de abordar un transporte o comprar una golosina.

La ley 24240 y sus modificaciones dotaron al consumidor de un sin fin de herramientas protectoras, en el entendimiento de que con ello se logra una mayor justicia contractual. La creación de tribunales y procesos especiales por la ley 26993, potenció dicha justicia contractual logrando que no se diluya la defensa del consumidor en un juicio ordinario que llevaría muchos años y que terminaría desalentando al reclamante.

¹⁶ “Catena, Martha Enriqueta c. Banco Bansud s/cumplimiento de contrato”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A (CNCiv). LL, 19/12/2011, 9 - La Ley 2011-F, 713.

Todavía el notariado no ha tomado plenamente contacto con esta Ley, que es de Orden Público y especial en su materia, y se aplica a toda “relación de Consumo”, o “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” (art. 3) y que ha incorporado como objeto de consumo todas las cosas, comprendiendo así a los inmuebles, sean nuevos o usados.

Las XV Jornada de Derecho Civil de 1995, en el tema tratado por la Comisión 3 (“*La protección del Consumidor*”) concluyó que “*El estatuto contractual del consumidor, Ley 24240, sustentado por el art. 42 de la Constitución Nacional, constituye un micro sistema, vale decir, una regulación específica, peculiar, acotada, que se complementa con las normas generales de los Contratos de los Códigos Civil y Comercial, en todos los aspectos que no estuvieran expresamente modificados*”.

Dentro de las relaciones de consumo que protege se ha incluido la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso de lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. Abarca “*la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubs de campo, cementerios privados y figuras afines*”.

En la compraventa de inmuebles, luego de las modificaciones introducidas por la Ley 26361, quedó alcanzada la de inmuebles tanto nuevos como usados.

Así, esta ley comprende todo el negocio comercial inmobiliario y jurídico, siendo este de nuestra competencia como expertos en contratación inmobiliaria.

Sin embargo, parte de la doctrina señala que la adquisición de inmuebles, sea cual fuera su destino y tipo de comercialización (venta entre particulares, venta entre una empresa y un particular, fideicomisos, etc.), no debió ser incluida en la ley de defensa del consumidor, ya que existen institutos especiales como el de la lesión y el del abuso del derecho (arts. 954 y 1071 del Código Civil), que cumplen con ese fin tuitivo.

Así lo entendió la Cámara Civil y Comercial 1era. de la Provincia de Córdoba en el fallo dictado el 26/6/2008, en autos en autos “*Guisiano, Marcos y otro c. Made S.A.C.I.F.I.C.A. y otro*”: “*Si la protección al consumidor en un contrato de Loteo pactado en moneda extranjera fue dispuesta previamente en un proceso diferente en los términos de los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil, el fin tuitivo de la Ley 24240 de defensa del Consumidor también se logra, máxime cuando el Consumidor nada dijo al respecto en las acciones en las que recayó dicha decisión...*”.

Este criterio no es compartido por los especialistas en Defensa del Consumidor, quienes entienden que en el ámbito del Código Civil hay que probar el abuso o las causas de la lesión, mientras que la ley especial parte de la presunción de que el consumidor, adquirente de inmuebles en nuestro caso, está en una posición de debilidad respecto de la parte vendedora.



De todos modos, esta ley y su espíritu de protección ha venido para quedarse y acrecentar su aplicación, aunque en algunos casos pueda resultar indiscriminada, ya que no siempre tiene en cuenta las características especiales de cada negocio en particular.

Así ocurre pues no todos los desarrollos inmobiliarios, pese a su estructura contractual de adhesión, están dirigidos al público en general o a personas de escasos conocimientos sobre las inversiones inmobiliarias, o a personas que por primera vez acceden a su vivienda.

Por el contrario, muchos de estos desarrollos están organizados por inversores que tienen un total conocimiento sobre el tema, y tienen en claro cómo son las cosas antes de asumir los riesgos propios del negocio.

El interrogante es cómo redactar estos contratos o, más que ello, redactarlos bien. Debemos preguntarnos si algunas de las cláusulas que responden al concepto de abusivas lo son en realidad en todos los casos, y si los inversores se encuentran realmente en una situación de debilidad. Sin embargo, como también son consumidores para la ley, eventualmente podrían mañana prevalerse de esa defensa al Consumidor, para de modo aparentemente lícito incumplir con obligaciones que tomaron a su cargo, pese a conocer perfectamente y haber tenido en cuenta los riesgos antes de celebrar el contrato.

Por ello, muchos son los casos en los que podrán darse situaciones injustas para el proveedor del bien, es decir para el desarrollador del emprendimiento inmobiliario, la empresa constructora, el fiduciario de un fideicomiso ordinario e, incluso, para el vendedor particular.

En todos estos casos, en la variable de inversores que comprometen aportes para la construcción de un determinado inmueble, los contratos van a prever numerosas obligaciones que a la luz de la ley de defensa del consumidor podrían ser injustas y, por lo tanto, revisables por el juzgador. Y este es el temor, es decir que un inversor lleve a la justicia por abusiva una cláusula que al momento de aceptarla comprendía perfectamente su alcance.

Así por ejemplo, supuestos en los que se exige que los aportes sean exclusivamente integrados en moneda extranjera (habitualmente el dólar estadounidense) o que se prevean ajustes en los aportes conforme a índices de la construcción (todavía prohibidos por la vigencia de algunos artículos de la ley 23928, conocida como “de convertibilidad”), o la sanción de pérdida de aportes para el supuesto de incumplimiento, son algunos de los ejemplos que pueden complicar los desarrollos de invocarse la Ley de Defensa del Consumidor.

De lo que se trata no es de perjudicar al consumidor, sino de calificarlo y reconocer que no siempre las relaciones comerciales son asimétricas y que en muchos supuestos todas las partes del negocio están en un pie de igualdad y tienen los elementos de control para evitar desvíos o comportamientos abusivos o fraudulentos.

No es lo mismo un inversor que un tercero comprador por boleto, y por tanto no podemos redactar el mismo contrato para unos y para otros.

Asimismo nos encontramos con estas situaciones en los mutuos con garantía hipotecaria, en los que se cuestionan intereses variables, pese a que las partes que se vinculan son empresarios con aceitado manejo financiero, o en los contratos de locación comercial o en las locaciones de obra, cuando el comitente es a su vez un profesional de la construcción. En todos estos casos las partes regulan sus contratos con cláusulas que tienden a mantener la simetría entre ellos. Así se obligan y asumen obligaciones, a veces extraordinarias, basadas en un acabado conocimiento del negocio que subyace.

Planteadas la problemática y teniendo en cuenta lo dicho, vemos que en la labor hacedora del documento el notario tiene que tener en cuenta no sólo cuáles son los supuestos de cláusulas abusivas que la ley prevé, sino también cuáles son las diligencias que debe realizar para que el consumidor quede suficientemente protegido en la contratación.

La doctrina alemana se refiere a “contratos instrumentados en base a condiciones generales”. En Francia se refieren a dichas cláusulas como “aquellas impuestas a los consumidores por un abuso del poder económico conferido al contratante profesional y por el que se le atribuye una ventaja contractual excesiva”. En Suiza a “condiciones generales formuladas de antemano con riesgo de provocar daño a expensas de una de las partes del contrato”. La legislación belga la define como “toda cláusula o condición general que por sí o combinada con una u otras cláusulas cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes”.

En síntesis, *“lo relevante de la cláusula onerosa se traduce en el abuso de la posición dominante, que ejerce el profesional, susceptible de afectar la relación sinalagmática”*.¹⁷

Por tratarse de conceptos que estimamos relevantes, repetimos aquí algunas de las pautas que deben tenerse en cuenta para evaluar el carácter abusivo de una cláusula. Entre ellas: a) que no haya sido negociada individualmente; b) que haya sido redactada previamente y así presentada al consumidor; c) que este no haya podido participar o influir en su contenido, y d) que afecten la buena fe.

De acuerdo con estos conceptos, cualquier contrato de comercialización de inmuebles podría quedar sujeto a revisión con causa en la existencia de una cláusula abusiva, lo que le acarrearía la nulidad únicamente de dicha cláusula, que a lo mejor fue trascendente para la negociación.

Hemos dejado establecido que no todo contrato de adhesión es un contrato de consumo, aunque todos los contratos de consumo son estructurados por adhesión.

¹⁷ STIGLITZ, Gabriel y Rubén. Derechos y defensa de los consumidores. Ed. La Rocca, 1994, pág. 235.

Podemos entonces preguntarnos si realmente son contratos de consumo los que tienen por objeto la venta de inmuebles, ya que en rigor no podemos pensar estos contratos como absolutamente de adhesión, sin perjuicio de presentar esa estructura.

En otro tipo de operaciones, como en la adquisición de una parcela en un cementerio privado, se advierte que estamos ante un verdadero contrato de adhesión pues el adquirente no tiene en la práctica ninguna participación en la elaboración del contrato y al adquirir la parcela o los derechos a perpetuidad sobre ella, debe ajustarse a un régimen que no podrá modificar *per se*.

La contratación masiva, mediante contratos de adhesión, importa para el consumidor ejercer su voluntad sólo para aceptar o no el contrato. Esto es bien propio de los contratos de consumo, como por ejemplo los de telefonía, de medicina prepaga, tarjetas de crédito, servicios por internet, peaje, etc.

Pero en las venta de inmuebles, los desarrolladores, sin perjuicio de ciertas condiciones de venta, no imponen absolutamente todas las obligaciones, y nos encontramos con cada vez más casos donde la parte vendedora cede frente algunos pedidos de la adquirente. A modo de ejemplo, los compradores suelen solicitar terminaciones específicas en la unidad adquirida, la unificación de lotes en loteos, pagar en un plazo mayor el saldo de precio estipulado, abonar una parte de los precios fijados en dólares, en pesos de curso legal, prorrogar el plazo de escrituración, etc.

Los emprendimientos constructivos y su posterior comercialización, por medio de cualquiera de las figuras utilizadas en el mercado, tienen una dinámica diferente, por lo que no se entiende su incorporación a la ley de defensa del consumidor. El comprador por boleto tiene su propio privilegio, si consideramos la sanción de leyes como la 19724 de prehorizontalidad y la 14005 de venta de terrenos en cuotas.

El texto legal definió al proveedor y al consumidor. Tal como lo expresamos, se define al proveedor como la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios.

Por su parte “consumidor” o “usuario” es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Este concepto se amplió con la reforma alcanzando a "*quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*".

De acuerdo con estas definiciones en la redacción de los contratos con objeto inmobiliario, el notario tendrá que tener en cuenta que papel cumple el adquirente, más allá de ser calificado como consumidor. Esto implica una tarea de análisis, en miras a que el instrumento releve correctamente la capacidad económica y la posibilidad de medir y asumir los riesgos de los sujetos que se vinculan jurídicamente con un

determinado desarrollo inmobiliario. Se hace entonces necesario examinar las particularidades de cada contratación.

El notario en mucho contribuirá por medio del asesoramiento, a interpretar, esclarecer y describir las posiciones contractuales las partes.

Es conveniente que el contrato desarrolle los motivos de la contratación, que se deje constancia, si así corresponde, si la parte considerada “consumidor” ha sido asesorada por profesionales de su confianza, que las prestaciones a cargo de cada una de las partes estén perfectamente expuestas, con términos claros, que conste por parte del consumidor la manifestación de haber comprendido las implicancias de dicha contratación, etc. Todo ello contribuirá, frente a la eventual crisis del contrato, a interpretar la voluntad de las partes, a lo que realmente cada una ha querido y pretendido al contratar.

La defensa de los consumidores es un camino que hace ya tiempo se está transitando. Sus implicancias están presentes en mucho contratos y es deber del notario estudiar detenidamente la legislación vigente y tener en cuenta las circunstancias de cada caso para que la redacción de los contratos evite las cláusulas abusivas e interprete debidamente la voluntad de las partes despojada de toda intención de aprovechamiento de la otra y de disminución de las obligaciones que le son propias.

4.2.5. El caso particular de las hipotecas y la contratación en general

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Comunidad Europea, cuando la prestataria es una entidad financiera, la posibilidad del tomador del crédito de participar en la redacción de las cláusulas del contrato de mutuo hipotecario, ha sido prácticamente inexistente, si bien últimamente se ha producido cierta apertura. Como ejemplo –quizá de menor cuantía– podemos citar la posibilidad del prestatario de elegir entre varias compañías aseguradoras.

Esto nos lleva a preguntarnos hasta qué punto es posible el control previo a la celebración de estos contratos. En los hechos, su redacción viene ya “cerrada” por parte de la entidad crediticia y se impone tanto al prestatario como al notario interviniente, para quien su misión queda reducida al necesario deber de una adecuada y detenida información y asesoramiento al tomador del crédito.

Podríamos preguntarnos si no debería el notario abstenerse cuando advierte la existencia de estas cláusulas. Creemos que no debería hacerlo, pues esta actitud terminaría perjudicando al futuro deudor pues lo complicaría en la posibilidad de acceder al crédito, quizá imprescindible para adquirir su vivienda familiar. La seguridad preventiva se cumple de todos modos pues ese requirente recibe del notario el adecuado asesoramiento que le será útil para conocer y sopesar acabadamente la situación en la que quedará y las consecuencias que se derivarán o podrán eventualmente derivarse del contrato, para así tomar adecuadamente la decisión.

Cabe advertir que en estos contratos que contienen frecuentemente cláusulas abusivas, que son analizadas y aceptadas por el prestatario en virtud del asesoramiento notarial, se torna difícil determinar en qué medida se ha violentado la autonomía de la voluntad y se ha hecho por parte de la entidad crediticia el ejercicio abusivo de sus derechos. En el fallo dictado en autos “*Banco de Galicia y Bs. As. S.A. c. Capello, Horacio L.*”, ya citado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville, Provincia de Córdoba, denegó la calificación de abusiva de una cláusula contractual por considerar que en el caso se hallaba probado en escritura pública la existencia del consentimiento dado por el prestatario, por lo que se decidió estar por la conservación del acto en su integridad “*dada la fe pública en juego*”.

En cuanto a la contratación en general entre particulares, también a veces se torna difícil determinar si se ha visto limitado el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para citar sólo un ejemplo, la empresa que comercializa departamentos suele incluir entre las obligaciones del adquirente el pago de todos los gastos que ocasionará la transferencia de dominio, incluyendo impuestos que le son propios y que podrá luego deducir frente al fisco, como la retención a cuenta del Impuesto a las Ganancias. A primera vista no cabe duda que parece una imposición abusiva, pero si ella ha sido tenida en cuenta por el adquirente, merced a la información del notario, y pese a ello el negocio considerado como un todo (precio de compra, pliego de condiciones, comisiones, gastos, impuestos y honorarios) le resulta conveniente, no se ve dónde lo que parecía abusiva termina en rigor siéndolo.

La posterior revisión del contrato podrá entonces sólo devenir una vez nacido el conflicto y en sede judicial, pero en esta instancia será una ardua tarea para el juez sopesar los argumentos de quien ahora cuestiona por abusiva una cláusula, habiéndola aceptado con el debido asesoramiento. Imaginamos que sólo podrá argüir que pese a ese asesoramiento debió contratar frente a la imperiosa necesidad de obtener los fondos para el fin deseado, en el caso del mutuo con garantía hipotecaria, o que no evaluó debidamente las consecuencias económicas, en el del contrato entre particulares que mencionamos como ejemplo. Como lo expusimos antes, no todos los hombres son iguales y el perfil del consumidor no es siempre el mismo. Resulta una verdad a todas luces decir que tratar a los iguales como desiguales es una injusticia, pero tratar a los desiguales como iguales constituye una necesidad.

4.3. Las cláusulas abusivas en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación¹⁸

Independientemente de la opinión que en general nos merece este proyecto, especialmente en lo que consideramos una importante falta de método en su

¹⁸ Cuando este trabajo fue redactado, el proyecto sólo había recibido media sanción de la H^o Cámara de Senadores y todo indicaba que en lo que quedaba del año no sería tratado en la de Diputados. Sorpresivamente, en circunstancias políticas poco propicias, fue en definitiva convertido en ley y promulgado por el Poder Ejecutivo el pasado 7 de octubre. En principio, comenzará a regir el 1 de enero de 2016.

elaboración, circunstancia que la doctrina en general ha criticado con vehemencia y que, incluso, fue reconocida por varios de los integrantes que tuvieron a cargo su redacción, creemos conducente referirnos a la regulación que da a esta problemática.

Los autores han entendido que debía establecerse un sistema de control que fijara las reglas a que debe atenerse la revisión del eventual contenido de cláusulas abusivas en los contratos. Encontramos estas normas en dos ámbitos distintos: el primero, entre las disposiciones relativas a los contratos celebrados en el marco de la adhesión (arts. 985 a 989, inclusive), tipo contractual concebido como una modalidad especial de la formación del consentimiento, y, el segundo entre las dedicadas a los contratos de consumo, tipo contractual regulado de manera especial dentro de la teoría general del contrato.

Tal como señala Zentner¹⁹, “...existen pautas que hacen al control de inclusión o de incorporación de las cláusulas contractuales y que es menester discriminarlas de aquellas que se refieren propiamente al control de contenido. Sabemos que a través del control de incorporación, se asignan al predisponente distintas exigencias informativas sobre las cláusulas que se proponen para regular el contenido del contrato, como condición para su efectiva oponibilidad al adherente o consumidor. Ello permite descartar la configuración en términos sorpresivos o ininteligibles”.

Así, en su art. 985 el proyecto señala que “Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tienen por no convenidas aquéllas 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”.

Sin entrar en un análisis exhaustivo del método empleado y de las normas en particular, consideramos un acierto que el proyecto haya tratado de elaborar un concepto general y abarcativo de la cláusula abusiva. Así, en el art. 1119, dice: Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

Agregamos que el proyecto trae avances metodológicos y sigue en general las tendencias doctrinarias. Concordamos así con la reflexión final del autor en el trabajo citado: “Las normas proyectadas representan una indudable actualización de los contenidos en materia de contratos con cláusulas predisuestas, modelo dominante en el escenario negocial. En este sentido, vemos auspicioso el haber abordado el tratamiento de los contratos por adhesión y la adopción de principios sobre cláusulas abusivas, cuestiones largamente reclamadas por la doctrina. En lo que atañe al bloque normativo previsto para los contratos de consumo, además de las reservas que nos

¹⁹ ZENTNER, Diego. Las cláusulas abusivas en el proyecto de Código civil y Comercial. SJA del 31/10/2012; JA 2012-IV

merece el acotamiento del sistema protectorio confrontado con el régimen vigente en la LDC (principalmente, respecto de las nociones legales de consumidor y de relación de consumo), y más allá de la superación metodológica que exhibe el proyecto, no advertimos mayores progresos en los aspectos sustantivos de la regulación de las cláusulas abusivas que importe perfeccionar el nivel de tutela en los contratos celebrados por los consumidores”.

5. Manual de Buenas Prácticas

Comencemos diciendo que un manual de buenas prácticas aplicables a las relaciones de consumo, constituye un enunciado de conductas que tienden a garantizar el ejercicio de la transparencia en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Se parte de la premisa de que la protección de los consumidores es más efectiva si se promueven conductas que respeten sus derechos y eviten infracciones a la Ley. Comprende el análisis de esas conductas en los ámbitos subjetivo (comerciantes, proveedores y empresarios), objetivo (relación de consumo), y territorial de aplicación, y la responsabilidad social empresaria.

No son frecuentes los códigos o manuales de buenas prácticas referidos en términos generales a las relaciones de consumo. Es habitual que se elaboren con relación a sectores comerciales y de la producción.

Su adhesión no es obligatoria, pero generalmente prescriben que cuando los proveedores o comerciantes aceptan las buenas prácticas contenidas en el manual, están obligados a respetarlas.

Pueden tener origen en organismos estatales o bien ser acordados por organizaciones privadas que agrupan determinados sectores del comercio y la industria, donde se establece un marco autoregulatorio de todas las relaciones comerciales que desarrollen los proveedores, sin intervención estatal.

Citamos algunos ejemplos. Así, en Costa Rica, el “Manual de Buenas Prácticas Comerciales con relación a los Consumidores”, fue elaborado por las autoridades que tienen a su cargo la protección de los intereses de los consumidores.

Expresa en sus consideraciones iniciales que la conducción de negocios con sanas políticas empresariales promueve la confianza de los consumidores en las empresas y sus productos, y que el manual se emite como un mecanismo que facilita la implementación efectiva de una cultura de protección a los consumidores que incentiva a los proveedores a cumplir voluntariamente con ciertos parámetros de conducta, con el fin de beneficiar a los consumidores finales en términos de seguridad, calidad y servicio, sin la necesidad de activar la función sancionadora del Estado.

Su propósito es el de promover la protección de los derechos del consumidor de manera no coactiva. Es esencialmente integrador con las leyes especiales que rigen en la materia, con la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, y la doctrina

internacional. Advierte que el manual en ocasiones va más allá de lo establecido por la Ley, ofreciendo garantías concretas que mejoran o incrementan las que ya son reconocidas por el ordenamiento jurídico, mediante la adopción de compromisos específicos que refuerzan el nivel de cumplimiento de las empresas de las normas de protección del consumidor.

En República Dominicana, el Instituto Nacional de Protección de los Derechos del Consumidor, elaboró un “Manual de Buenas Prácticas Comerciales” sobre la relación o acto de consumo, el ámbito de aplicación, el alcance territorial, proveedores de bienes y servicios y la responsabilidad social empresarial, donde plantea la responsabilidad objetiva, sujetos que deben responder por los daños causados, la protección de la salud y la seguridad, entre otros temas.

En la República Argentina no se ha elaborado un Manual o Código de Buenas Prácticas en las relaciones de consumo en general: a nivel estatal. Se han emitido algunos lineamientos de buenas prácticas referidos a sectores específicos de la producción, como el sector agropecuario y ganadero. En el ámbito privado se han desarrollado manuales de buenas prácticas en numerosos sectores de la industria.

Una excepción a esta afirmación, es el Código de Buenas Prácticas Comerciales elaborado por la Cámara de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, que expresa en su parte preliminar, que encuentra su fundamento en el compromiso ético que los adherentes voluntariamente pretenden asumir con responsabilidad social en la relación comercio-consumidor sobre cuestiones que se enmarcan dentro de la normativa legal vigente. Su objetivo es promover la aplicación de criterios prácticos en dicha relación potenciando la imagen de aquellos comercios que decidan hacer de su adhesión a este instrumento, una herramienta que tienda a mejorar su competitividad.

Esta implementación, agrega, pretende generar una permanente educación comercio-consumidor y viceversa, en la cual el consumidor obtenga mayor calidad en la atención y asesoramiento. Todo, en un marco de respeto de los principios constitucionales y de todo el marco legal vigente.

Sin perjuicio de los conceptos ya vertidos, este manual define al consumidor como toda *“persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. También quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”*.

En general, está estructurado en varios títulos y capítulos referidos a las características que deben tener las ofertas y los medios, según sean individuales o masivos, ratificando la legislación especial vigente en la Ley de defensa del Consumidor, Ley Nacional de Protección de Datos Personales, las normas constitucionales y las que rigen la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También

incluye, los caracteres de la obligación ética de los comercios para con los consumidores, entre otros temas.

6. Calificación registral de las cláusulas abusivas

6.1. En la República Argentina

6.1.1. Características generales del sistema registral

Previo al análisis de este tema, recordemos que el sistema de seguridad jurídica preventiva se basa en dos pilares fundamentales: la existencia de un documento auténtico y la registración como garantía de la publicidad y oponibilidad a terceros.

Recordamos aquí que el sistema registral en la República Argentina es declarativo y no convalidante. Estos caracteres surgen de la ley registral (17801) y del Código Civil. Se trata entonces de un sistema no constitutivo ni subsanatorio.

Es “declarativo” porque el derecho real nace antes de la registración, es decir “fuera” del registro.

Los dos elementos que dan nacimiento a ese derecho real son el título y el modo.

Este carácter declarativo implica que la publicidad posesoria prevalece sobre la registral. Así, si quien consta inscripto en el registro como titular del derecho real no tuvo la posesión de la cosa, no adquirió el derecho. Por el contrario, un adquirente por boleto de compraventa que tiene la posesión, triunfará sobre aquél titular y sobre los terceros que hayan trabado con posterioridad medidas cautelares.

Por ese carácter, la ley registral establece que las partes, sus herederos y quienes han intervenido en la formación del documento, no pueden prevalerse de la falta de inscripción y, por lo tanto y a su respecto, el derecho documentado se considerará registrado.

Y es “no convalidante” porque la registración no permite subsanar los vicios que el acto jurídico, plasmado en el documento que ingresa al registro, pudiera tener. Cualquier interesado podrá entonces solicitar la declaración judicial de su eventual nulidad.

El registro de la propiedad en la Argentina es un registro de títulos. El registrador recibe entonces un documento que fue redactado por otro funcionario. Ejerce un control de legalidad pero limitado, ya que no puede analizar ni la capacidad de los otorgantes ni la validez intrínseca del acto, con la sola excepción de que se trate de una nulidad absoluta y que ella aparezca manifiesta en él.

El legislador puso entonces un claro límite a la facultad calificadora del registrador, circunscribiéndolo a las formas extrínsecas del documento. Sin embargo, terminó por aceptarse la postura un poco más amplia del conocido plenario “Feldman”

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²⁰, que entiende que el registrador puede en definitiva incursionar en el análisis de ciertos aspectos que hacen al fondo del acto instrumentado en el documento que se presenta para su inscripción cuando del mismo no surja un pronunciamiento del autorizante. Como ejemplo puede citarse la falta de asentimiento conyugal (en el caso, generador del pronunciamiento) y la no calificación del notario a su respecto.

Así, en todos los casos en que se pretendió calificar aspectos de fondo, tanto la doctrina como la jurisprudencia debieron realizar esfuerzos para admitir aquel alcance, pero siempre como una excepción al principio general.

Esto puede advertirse en la sentencia dictada en autos “*D’Alessio, Carlos M. c/ Registro de la Propiedad Inmueble*”,²¹ por la Sala I de la citada cámara, que estableció que el Registro de la propiedad de la Capital Federal había excedido sus facultades calificadoras al denegar la inscripción definitiva de una liquidación de una sociedad comercial aduciendo la falta de inscripción previa del liquidador en el Registro público de Comercio. Debe meritarse el hecho de que el pronunciamiento no se inmiscuyó en si dicha inscripción correspondía o no, sino que determinó que la inobservancia del requisito no era un aspecto que el registrador podía calificar.

Consecuentemente, el registrador en nuestro país tampoco tiene la facultad de calificar la existencia de una cláusula abusiva. De producirse el conflicto, quedará en manos del juez su resolución.

6.1.2. Extensión de la calificación registral

El abuso del derecho –y por consiguiente también el concepto de cláusulas abusivas–, se presenta como un concepto jurídico indeterminado. Estos términos –también conocidos como normas de textura abierta– son aquellos en los que el señalamiento de los elementos del supuesto de hecho tienen la nota de vaguedad o ambigüedad.

En el camino hacia la eliminación de la indeterminación propia del concepto, las legislaciones de algunos países, además de establecer principios generales, hacen lo propio con determinados supuestos de hecho que se entienden subsumidos en el principio y que determinan las llamadas “listas negras” que enuncian cláusulas inválidas.

A la par de estas “listas negras”, otra técnica legislativa posible es el establecimiento de las denominadas “listas grises” que apuntan a aquellas cláusulas que si bien en principio no serían inválidas, podrían ser invalidadas por los tribunales.

²⁰ La Ley 1977-C-391.

²¹ La Ley, 30/8/2010.

Por último, es posible que el legislador opte por establecer requisitos legales que las mismas deban cumplir no en forma negativa, esto es prohibiendo, sino imponiendo que lo sean de tal o cual forma²².

En cualquiera de los casos la mayor parte de las normas que regulan la materia, aun en las listas negras, poseen un lenguaje abierto a la interpretación y, por lo tanto, firmado el documento sólo el juez puede –y debe, aun cuando no sea peticionado en el juicio– determinar que un contrato o una cláusula de éste son abusivos, y por lo tanto nulos. Por ello este aspecto se encuentra fuera del alcance del registrador.

Respetando los ámbitos de sus competencias, el autor del documento y el registrador efectúan el control de legalidad con el de brindar un servicio que garantice eficiencia y seguridad. Las diferencias entre ambas legalidades estriban en que mientras el notario está en una relación directa e inmediata con el derecho que genera la instrumentación del negocio respectivo, el registrador recibe el documento configurado.

Como dijera Martínez Segovia, en el documento notarial está el seno materno del negocio jurídico y allí nace. Al registro llega un “retrato” del mismo, para que, de ser necesario, se conozca su fisonomía, su apariencia.

A la luz de lo expresado, y perfilando las diferentes competencias funcionales del notario, del registrador y de los tribunales, afirma Moisset de Espanés que todos ellos califican, pero cada uno en atención a la función que cumple, con una óptica distinta: el notario, la viabilidad; el registrador, la admisibilidad; el juez, la validez.

Como establecieron las conclusiones del Tema I de la XXIX Jornada Notarial Argentina realizadas en Mar del Plata, del 5 al 8 de mayo de 2010: *“un sistema jurídico funciona armoniosamente cuando todos los operadores del derecho actúan en forma interactiva en el marco de las atribuciones que les corresponden sin invadir competencias respetando sus respectivos roles.”*²³.

Nuestra postura tiene especial sustento en el principio constitucional de división de poderes dado que el registrador no está facultado para la investigación y juzgamiento de nulidades, ineficacias o ilícitos, sino única y exclusivamente para la registración de los documentos que ingresan al mismo. Así, mientras el notario puede revisar las cláusulas del acto antes de ser otorgado y moldear en la medida en que las partes se lo permitan la voluntad expresada en el mismo, el registrador actúa cuando el acto ya ha sido otorgado y por tanto un control excesivo por parte del mismo solo implicaría dejar sin efecto lo que las partes y el notario calificaron como “jurídicamente viable”.

²² Un ejemplo de esta técnica legislativa es el art. 985 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que expresa: “Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tienen por no convenidas aquéllas 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.”

²³ <http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-notariales-argentinas/jornadas-notariales-argentinas-anexo-2014.pdf>

La calificación intrínseca del documento corresponde a su autor por lo que, salvo que este no haya calificado debiendo hacerlo, el registrador debe abstenerse de calificar. Este principio que sustentamos tuvo acogida en las conclusiones de la XXIX Jornada Notarial Argentina, recién mencionada, que establecieron: “*La calificación registral no debe superponerse con la calificación realizada por el autor del documento*”²⁴.

Así, el control de legalidad registral significa exclusivamente un juicio comparativo entre el material aportado para su toma de razón y el ordenamiento jurídico, sirviéndose únicamente a tal fin del documento presentado y de las constancias del mismo. De este modo, las pautas para cumplir con la función calificadora registral, deben ser objetivas –subsunción–, por lo que no hay lugar, en principio, para la discrecionalidad y las posiciones personales.

En el mismo orden de ideas, la calificación registral no puede extenderse a las razones expresadas por el autor, aun cuando a criterio del registrador estas sean observables, por cuanto ello importaría calificar la actuación del autor del documento- y no el documento que es su único objeto. Es que la adopción por parte del autor de una postura determinada sobre la interpretación de la ley está implícita en su función y no es óbice de ser juzgada por otro órgano.

En definitiva, la facultad de calificar tal o cual requisito debe surgir en forma expresa de la ley y no debe superponerse con la calificación realizada por el autor del documento. Si el registrador entendiera que el acto es abiertamente abusivo, solo puede poner en conocimiento del autor del documento y, en su caso, de la justicia –dado el deber genérico de denuncia de actos ilícitos– su opinión fundada.

6.2. El caso español

Resulta conducente señalar, con relación a las cláusulas abusivas y las facultades de calificación de los registradores inmobiliarios de España, lo resuelto por el Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, en Pleno, de Madrid, en la sentencia del 13 de setiembre de 2013, en una causa en la que una registradora de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) inscribió una hipoteca dada en garantía de un préstamo otorgado por Caja Madrid, con calificación negativa respecto de tres cláusulas de vencimiento anticipado por el incendio o deterioro de la finca hipotecada por cualquier causa, así como por la expropiación forzosa del inmueble y el fallecimiento, suspensión de pagos o quiebra de los fiadores.

La razón invocada de esa calificación, fue haber considerado que se trataba de cláusulas con trascendencia real que vulneraban normas imperativas.

La calificación negativa de las cláusulas de vencimiento anticipado fue dejada sin efecto por Resolución de la DGRN del 24 de julio de 2008, en virtud del recurso interpuesto por el notario ante quien se otorgó la escritura. La registradora interpuso demanda, con la pretensión de que se declarase la nulidad de dicha resolución, ante el

²⁴ Idem.

Juzgado de Primera Instancia 3 de Tarragona, que la admitió por resolución del 10 de octubre de 2008.

Tomó intervención en las actuaciones, además del Notario, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros. El 13 de noviembre de 2009, el Juzgado dictó sentencia “*desestimando íntegramente la demanda deducida, no haciendo lugar a la solicitud de nulidad de la resolución impugnada de la DGRN del 24 de julio de 2008*”.

La Registradora de la propiedad de Falset, y la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, recurrieron en apelación la sentencia. Las actuaciones fueron elevadas a la Audiencia Provincial de Tarragona, que dictó sentencia el 1 de abril de 2011, disponiendo “*la nulidad de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24 de julio de 2008, y la confirmación de la nota de calificación extendida por la señora Registradora de la propiedad de Falset...*”, considerando que la resolución de la DGRN era “absolutamente insatisfactoria para la tutela de los derechos de los consumidores”.

La sentencia de primera instancia y la del tribunal de alzada analizaron la facultad calificadora de la registradora respecto de las cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de la deuda con garantía hipotecaria, cuya registración fue denegada, a la luz de la interpretación del artículo 12 de la ley hipotecaria, que había sido recientemente modificado.

El notario, por su parte, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona. Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo que, por auto de 21 de febrero de 2012, decidió admitir el recurso interpuesto.

La sentencia del Tribunal Supremo avaló la Resolución del DGRN que dejó sin efecto la decisión de la registradora, analizando el mencionado artículo 12 de la ley hipotecaria, que se refiere concretamente a las cláusulas de vencimiento anticipado, que no se califican, conforme lo argumentó el notario que interpuso el recurso, sino que se deben hacer constar en el asiento en los términos que resulte de la escritura de formalización. Esto en virtud de no tener trascendencia real como las que expresan el importe de la deuda, los intereses o el máximo de la responsabilidad hipotecaria, a las que se refiere también el mencionado artículo 12, que deben tener calificación positiva en el ámbito registral.

Por lo expuesto, la sentencia afirmó que había que entender que la interpretación que del repetido artículo hizo la DGRN en la resolución a que se refirió la demanda, fue, desde ese punto de vista, la correcta.

El Tribunal Supremo analizó la trascendencia de las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación sistemática conforme la legislación europea, e instó a no olvidar las consecuencias que se derivan de los actos nulos “*apud acta*”, las cuales señala, “*...se imponen de manera inmediata, como la de mandar que*

los funcionarios a que nieguen su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos”.

Asimismo, la sentencia señaló que ésa era la doctrina seguida por la DGRN en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trató la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, se remitió.

Luego de las consideraciones y motivaciones expuestas, la sentencia expresó que debería hacerse el examen concreto de las cláusulas abusivas objeto de calificación negativa, sin embargo “...lo impide la falta de legitimación de la registradora, por no resultar de las actuaciones que la Resolución de la DGRN afecte un derecho o interés de la que es titular, en los términos del artículo 328 de la ley hipotecaria...”, tal como ha sido interpretado en casos análogos, “quedando fuera de esta regla aquellos supuestos en los que la resolución apelada es nula en sentido absoluto, dada la particularidad del régimen de legitimación en tales casos. Todo ello, a pesar “que el defecto de legitimación de la demandante no haya sido denunciado en el recurso...”, pero ésta constituye “...un presupuesto procesal, susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto, que los tribunales pueden efectuar de oficio”.

6. El notario frente a las cláusulas abusivas

Después de lo expresado puede advertirse el importante papel que el notario tiene como operador del derecho con el fin de detectar las cláusulas abusivas.

Sin embargo, muy distinta será en los hechos su posibilidad de control según se trate de un contrato que llega a sus manos ya predispuesto o de otro en el que él sea su hacedor.

De todos modos, siempre debe interpretar el contrato y todo otro documento por el que su requirente quede obligado a una prestación, cualquiera sea ella, informando y asesorándolo debidamente acerca de las consecuencias jurídicas que del mismo se deriven o puedan eventualmente derivarse, de modo tal que quede en claro cuál es la posición contractual en que quedará. Todo ello en aras de obtener la tan ansiada seguridad jurídica preventiva y evitar así, en la medida de lo posible, el conflicto.

Nuestro quehacer se torna así indispensable para la obtención de esa seguridad jurídica preventiva, arrojando como resultado una más que apreciable disminución de la intervención judicial, a la que se llega, lamentablemente, cuando el conflicto no pudo ser evitado. Es entonces esa labor notarial la que implica en la práctica una considerable disminución de recursos por parte de los estados, circunstancia que especialmente en latino américa no es cuestión menor.

Esta tarea debe estar siempre a la altura de las circunstancias, ya que la vida y los comportamientos sociales mudan constantemente. En nuestra especialidad, nuevas formas contractuales hacen su aparición y ellas deben ser prontamente atendidas, lo que lleva necesariamente a que el notario deba mantener un conocimiento actualizado y

acabado de la realidad social en la que desenvuelve su tarea, perfeccionándose constantemente.

Fácil es comprobar que la necesidad del tráfico comercial y la cada vez más rápida circulación de los valores, lleva a la adopción por parte de las instituciones crediticias y de las empresas dedicadas a las transacciones de toda clase de bienes, entre ellos especialmente de inmuebles, a la adopción de fórmulas estandarizadas que por mucho que se las pretenda disimular, terminan constituyendo verdaderos contratos de adhesión. Ello así, aun en aquellas cuestiones que indudablemente requieren “trajes a medida” y no “de confección”, de esos que van más o menos a todos, pero bien a ninguno. En la práctica, ese proceder lleva a que en la mayoría de las relaciones jurídicas no se permita o se complique de manera especial la necesaria negociación que debería existir en cada caso.

Sin duda, los trámites se ven así facilitados, lo que constituye un verdadero valor para las empresas, pero los contratos y demás documentos terminan en muchos puntos y cláusulas por alejarse significativamente del interés del hombre común, a quien el derecho se debe.

Ese hombre común, ese ciudadano, ante la complicación que significa pretender el cambio o adaptación a las particularidades de las circunstancias que lo rodean o en las que se encuentra inmerso, acepta entonces las cosas tal como se las presentan las empresas e instituciones crediticias y, aunque no siempre es el más débil en la relación, ciertamente deja de lado sus derechos como consumidor.

Allí es entonces donde la figura del notario debe cobrar especial interés. Y es especialmente en los contratos que ante él celebran los particulares donde su actuación debe resultar relevante.

De ese modo, nos convertimos en garantes de los derechos de las personas, y, en especial, de los más vulnerables, quienes son aquellos que ven a diario cercenados sus derechos, con la aceptación de cláusulas cuya comprensión, sin el debido asesoramiento, está fuera de su alcance y resultan entonces abusivas.

Los gobiernos de cada estado deben también involucrarse en estas situaciones a través de reparticiones que se ocupen de preservar los derechos del consumidor.

En la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, celebradas en Punta Cana, República Dominicana, en 2010, se analizó precisamente la figura del notario como garante de los derechos de las personas. Allí se afirmó que es justamente atendiendo ese ineludible deber de asesoramiento, la forma con la que cumplimos con nuestra responsabilidad social y con nuestro compromiso con la comunidad.

7. Conclusiones

Por lo expuesto, concluimos en que:

1. Por cláusula abusiva debe entenderse toda aquella que afecte inequitativamente a una de las partes al desnaturalizar las obligaciones a su cargo, de modo tal que implique un desequilibrio contractual.
2. No deben ser consideradas únicamente con relación a la contratación predispuesta celebrada por adhesión, como en los contratos de consumo, sino que podemos también encontrarlas en todos aquellos en los que una de las partes queda colocada en una situación de debilidad.
3. La cláusula abusiva quiebra el debido orden jurídico, ya que existe una íntima relación entre seguridad jurídica y equidad, que aquella distorsiona.
4. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, frente a las cláusulas abusivas, se opta por la invalidez parcial del contrato, por ser manifiesta la nulidad y se tienen por no convenidas. En los contratos discrecionales, la nulidad de estas cláusulas debe ser especialmente apreciada por la justicia y la determinación acerca de si la nulidad será total o parcial dependerá de la interpretación del contrato, teniendo especialmente en cuenta los fines que las partes tuvieron en mira al celebrarlo.
5. El notario como hacedor de la seguridad jurídica preventiva, en la medida en la que no sólo la asegura sino que la construye, la realiza y la perpetúa, tiene un importante papel, como operador del derecho, en la detección de las cláusulas abusivas.
6. El quehacer del notario se torna así indispensable para la obtención de esa seguridad jurídica preventiva, arrojando como resultado una más que apreciable disminución de la intervención judicial, a la que se llega, lamentablemente, cuando el conflicto no pudo ser evitado. Es entonces esa labor notarial la que implica en la práctica una considerable disminución de recursos por parte de los estados, circunstancia que especialmente en latino américa no es cuestión menor.
7. La intervención notarial asegura la información correcta a través del asesoramiento a las partes, en especial a quien no es profesional, de los derechos y obligaciones que deriven del contrato, para la ponderación de sus opciones y decisiones. De esta manera el consumidor se encuentra eficazmente asistido.
8. En la República Argentina la calificación intrínseca del documento corresponde a su autor, por lo que, en principio, el registrador debe abstenerse de calificar.
9. Consecuentemente, el registrador en nuestro país no tiene la facultad de calificar la existencia de una cláusula abusiva.
10. En nuestro país la ley ha marcado así un claro límite a la facultad calificadora del registrador, circunscribiendo su tarea a las formas extrínsecas del documento. Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el registrador puede incursionar en el análisis de ciertos aspectos que hacen al fondo del acto instrumentado

en el documento que se presenta para su inscripción, cuando del mismo surja que su autor no ha calificado debiendo haberlo hecho.

