
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

CONTROL DE LEGALIDAD EN LAS CLAUSULAS ABUSIVAS REFERENCIA A LA LEY 19.210

**“Ley de bancarización. Inclusión financiera y uso de medios de
pago electrónicos por parte de la población”**

Esc. Gustavo Orlando

“El verdadero poder consiste en saber que sí se puede, pero no se quiere.” Juliet Alicia Jarvis.

“El poder nada es en sí mismo: lo hermoso del poder es que permite hacer el bien.” Oscar Wilde.



50 años | 1964 | *Biblioteca “Prof. Esc. Julio R. Bardallo”*
2014 | *Asociación de Escribanos del Uruguay*



ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

1. Introducción.
2. Cláusulas Abusivas.
3. Cláusulas Abusivas en la ley 17.250.
4. Reglamentación de las Cláusulas Abusivas.
5. Breve referencia a otros ordenamientos.
6. Control de Legalidad.
7. Control de legalidad que ejerce el Notario respecto de las cláusulas abusivas. Resultado de la gestión ejecutada.
8. Ley 19.210 “Ley de bancarización. Inclusión financiera y uso de medios de pago electrónicos por parte de la población”.
9. Aproximación al estudio de Cláusulas Abusivas y Control de Legalidad en la Ley 19.210.
 - 9.1. Contratos bancarios.
 - 9.2. Contrato de emisión de tarjetas de crédito.
 - 9.3. Cláusulas abusivas en la ley 19.210.
 - 9.4. Referencia al control de legalidad.
10. Viabilidad del desarrollo de una política común o de la construcción de una guía de buenas prácticas a implementar sobre la materia.
11. Conclusión.

Introducción

El análisis del tema propuesto referente a las cláusulas abusivas (CA) y el control de legalidad (CL), se enmarca dentro de conceptos y concepciones arraigadas en el hombre mismo.

Se trata de una de las expresiones más complejas y acabadas del poder de un contratante sobre otro, poder que el co-contratante debe contrarrestar con negociación y visión integral del futuro del negocio.

Es allí en donde el notario, como agente regulador y de contralor de la voluntad de las partes y de los controles jurídicos que se ajustan a derechos, es el agente privado más idóneo para lograr ese equilibrio.

El poder se encuentra en la esencia del tema que nos ocupa, en la medida que es el ejercicio de ese poder el que deviene en abusivas las condiciones del negocio, excluyendo sistemáticamente el control de legalidad que puede ejercer el notario.

Si bien, como dijo Juliet Alicia Jarvis *“El verdadero poder consiste en saber que sí se puede, pero no se quiere”*, el poder que ejerce el Profesional en relación al Consumidor reúne ambas características porque el Profesional *“puede”* y *“quiere”*, ejerciendo su poder sobre la parte más débil del contrato.

Como dice el proverbio *“el poder humano no tiene jurisdicción sobre los pensamientos”* y es por eso que en materia contractual se diseñaron controles y procesos en el ordenamiento normativo y judicial para contrarrestar los efectos del poder profesional.

Y en ese delicado equilibrio que debe encontrarse entre el uso y el destino de ese poder negocial, el Notario se presenta como el único protagonista técnico capaz de detectar abusos en la negociación y establecer los límites

necesarias para que se adecuen al principio de buena fe y seguridad en la contratación.

El 24 de abril del 2014 se dictó en Uruguay la Ley 19.210 “Ley de bancarización. Inclusión financiera y uso de medios de pago electrónicos por parte de la población”.

Una extensa ley que procura incluir a un número cada vez más amplio de ciudadanos en el uso de medios de pago electrónicos.

Esta Ley busca la bancarización de las transacciones desestimando la utilización del papel moneda efectivo dependiendo del monto, siendo de aplicación obligatoria en materia de inmuebles en operaciones de monto superior a los U\$S 5.000.

Entre otras innovaciones, en la exposición de motivos que precede la ley se destacan: a) facilitar las transacciones, b) alcanzar mejoras en materia de inversión y productividad de la economía, y c) mejorar el bienestar social y calidad de vida de las personas.

El objetivo que pretende alcanzar la ley es que los ciudadanos adopten como medio de pago el dinero electrónico, lo cual se fomenta con la rebaja en la tasa de ciertos impuestos por un período determinado, incluyendo en pago de los salarios, pasividades y honorarios profesionales.

Creada como una ley de orden público (artículo 83), es claro que aquello que la ley no logre por la vía del incentivo, lo logrará por la vía de su imposición.

La aplicación de la ley dará lugar al otorgamiento de múltiples contratos bancarios -típicos ejemplos de contratos de adhesión- en los que pueden existir desigualdades que se reflejen en cláusulas abusivas incluidas en los contratos o en la simple relación comercial, como una demostración más del poder aplicado a la vida diaria de las personas.

Cláusulas Abusivas

Las relaciones de consumo han cambiado vertiginosamente desde fines del siglo veinte a nuestros días, conforme fueron cambiando también las relaciones humanas en su conjunto.

En el ámbito comercial, el acuerdo de partes –paradigma de la contratación consensuada en el notariado latino- ha ido cediendo ante nuevas técnicas de negociación que antepone la celeridad a la justicia y el equilibrio contractual.

Así, en un mundo de interrelaciones cada vez más apresuradas e inestables, las cláusulas predeterminadas se erigen como una alternativa adecuada al entender del profesional, para asegurarse una eficaz ejecución del contrato, alcanzando las metas que se propone.

Esto se traduce en el ejercicio del poder que ostenta aquel que brinda el servicio frente a quien lo requiere de un prestador que muchas veces, tiene el monopolio de la actividad objeto del contrato.

Si bien el ejercicio de este poder no tiene porqué ser abusivo, como dijo Paul Valery *“el poder sin abuso pierde su encanto”*, por lo que no es exagerado suponer de antemano que en todo contrato predeterminado habrá cláusulas de tenor abusivo, por lo que un control de legalidad notarial se impone.

Cierto es que en un mundo en el que los negocios se pueden realizar a distancia, aún dentro de una misma localidad, mediante la utilización de la tecnología que nos da la sociedad de la información, es impensable que las empresas puedan contratar con los particulares en forma individual. (Imaginemos lo engorroso que sería contratar un seguro para la compraventa de un automotor si hubiese previamente que acordar un contrato de seguros.)

Contratos de Adhesión

Los contratos de adhesión nacen con la necesidad de la sociedad moderna - inmersa en una economía de mercado desarrollada- de agilizar la contratación en masa indispensables para las grandes empresas y el rápido acceso a los servicios.

En este contrato una de las partes que es el proveedor o profesional, determina en forma unilateral las reglas o condiciones del contrato en forma genérica, mientras que los consumidores o clientes no tienen otra posibilidad mas que aceptarlas.

El contrato de adhesión se encuentra en todo el espectro comercial moderno, en contratos de transporte, seguros, bancarios, de energía eléctrica, de telefonía celular, etc..

El Estado como organización política de tutela y bienestar social, debe brindar un marco normativo adecuado, para evitar el abuso del poder de las empresas y organizaciones contra el consumidor o usuario que es la parte más débil de la negociación.

La ley debe buscar un justo equilibrio entre los sujetos partes de la relación económica y entre las prestaciones a las que se obligan, de manera que los abusos no se produzcan por el proveedor ni tampoco por el consumidor, algunas veces excesivamente protegido en perjuicio de los proveedores.

Estos contratos se encuentran incorporados a la vida de los ciudadanos, de forma tal que no es necesario ser técnico en derecho para darse cuenta cuando estamos frente a un contrato de estas características.

Así, la letra excesivamente pequeña, la uniformidad de la tipografía, la lectura desordenada, rápida y aún la falta de lectura, son el escenario que generalmente rodean a estos contratos que los han hecho conocidos por todas las personas, tengan o no formación jurídica.

La ley procura evitar este tipo de prácticas, exigiendo un control de legalidad respecto del contenido de aquellas cláusulas que sean violatorias de principios que la sociedad y el Estado tratan de preservar.

En el contrato de adhesión el profesional aprovecha el poder de contratar que le da su producto –muchas veces monopólico- tratando de imponer cláusulas onerosas, leoninas o imponiendo renunciaciones o exoneraciones de responsabilidad que generan una injusticia y desequilibrio manifiestos en la relación contractual.

Afirma Ordoqui que *“el desequilibrio por si solo es justificado pero se torna abusivo cuando es injustificado, porque la abusividad no surge de los desequilibrios que naturalmente existen entre proveedor y consumidor, sino de que sean injustificados, para lo cual habrá que analizar el marco general del contrato y si se actuó de buena fe. De manera que si el desequilibrio es justificado y en un marco de buena fe en realidad no hay desequilibrio ni abusividad”*. (1)

Las cláusulas abusivas revisten especial atención en los contratos de adhesión, lo que no significa que no puedan pactarse en otros contratos. Estas cláusulas se regularían no por la ley particular sino por las disposiciones generales contenidas en el Código Civil.

El profesor Gamarra expresa que para entender el desequilibrio normativo debe buscarse otra perspectiva, para lo cual sería más útil denominarla equilibrio jurídico ya que atiende a las posiciones jurídicas de las partes que son consecuencia de los derechos y obligaciones generados por el contrato.

(1) Ordoqui, Gustavo, en *Derechos del Consumidor en el Margo de la Legislación Nacional y la Ingeración Regional*, Universidad Católica.

Por lo que es abusiva la cláusula que viola la correspondencia que debe existir entre las ventajas y desventajas surgidas de la relación obligacional, por la cual a un derecho del profesional debe corresponderle un derecho del consumidor o una desventaja del consumidor con otra del profesional. (2)

Aspectos que tienen que ver con lo que se ha denominado el *paradigma de la equivalencia de las prestaciones* y que se encuentra en la esencia de los contratos.

En el derecho civil uruguayo el artículo 1250 del Código Civil (CC) dispone que en una relación contractual entre dos partes que se obligan en forma independiente y recíproca, “*el contrato oneroso será conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez...*”. Vale decir que las prestaciones se miran como equivalentes entre sí.

A su vez el artículo 1277 del CC establece que “*la lesión por sí sola no vicia los contratos*”, de manera que no importa la relación real o material de las prestaciones porque eventualmente, siempre se verán como equivalentes, siendo este un paradigma en el que se sustenta el sistema contractual.

Este paradigma que ha regido los contratos, cae en la actualidad ante un derecho contractual que en este siglo pretende ser un instrumento de justicia social y de dignidad humana.

Otra característica de la contratación es la igualdad de las partes ante la contratación partiendo de la libertad ejercida por los contratantes en un negocio jurídico determinado.

En la actualidad tal libertad se ve acotada en un mundo de grandes empresas que imponen su voluntad como condición en la contratación, frente a lo que el consumidor no tiene más alternativa que ceder, ya que las posibilidades de negociar son escasas o nulas.

(2) Jorge Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXVI, Teoría General del Contrato, Fundación de Cultura Universitaria, página 102/103.*

Ante esta realidad, el derecho privado moderno procura el equilibrio de las partes y las prestaciones a través de una mayor regulación y control en la formación del contrato.

Cláusulas Abusivas en la ley 17.250

La ley 17.250 “Ley de Defensa del Consumidor” del 25 de julio del 2000 regula en Uruguay las relaciones de consumo y dentro de ellas las cláusulas abusivas.

La ley es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo, remitiéndose al CC en todo aquello no previsto por ella.

La ley define al **consumidor** como *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella”*, y como **proveedor** *“toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo.”*, contemplando todo el espectro de personas que se relacionan en el mundo jurídico y comercial del país.

Define la **relación de consumo** como *“el vínculo que se establece entre el proveedor, que a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”*, como **producto** *“cualquier bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble y como servicio, cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales”*, de manera que toda relación jurídica debe considerarse como una relación de consumo, dado que la definición de producto abarca la totalidad de las relaciones comerciales del país.

La ley busca la protección del consumidor frente al poder del proveedor - entendiéndose por éste, los particulares, las empresas y el Estado- como una forma de procurar el equilibrio que las relaciones comerciales han descuidado en materia de consumo.

Así, abarca aspectos tan variados como la vida, la salud, la seguridad contra las prácticas generadas por el consumo y la educación; como aspectos relacionados con el comercio, la protección contra la publicidad engañosa, el resarcimiento patrimonial y el acceso a órganos judiciales y administrativos especializados en la prevención y compensación de daños.

La ley define los contratos de adhesión como *“aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido”*.

Como hemos visto, nuestra ley recoge los principios generales en derecho del consumo, protegiendo a la parte más débil de la relación jurídica y mitigando el desequilibrio objetivo en que se encuentra el consumidor frente al proveedor.

Agrega además que *“en los contratos escritos, la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del contrato de adhesión”*. Vale decir que aún cuando se intente disimular el carácter leonino del contrato, éste no deja de serlo por la incorporación de cláusulas más ventajosas para el consumidor.

Establece expresamente que el contrato debe ser redactado en idioma español, con clara redacción y con tipografía de fácil lectura para que sea comprensible para cualquier consumidor.

Una cláusula es considerada abusiva cuando *“determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe.”*

En la definición de cláusula abusiva la ley consagra conceptos recogidos por la doctrina como los desequilibrios entre las partes contratantes, el perjuicio ínsito en la abusividad contra el consumidor y la violación del principio de buena fe subyacente en toda cláusula que pueda calificarse de abusiva. La ley puntualiza que el carácter de abusivo de la cláusula no estará en función del producto, servicio, precio o contraprestación cuando las cláusulas se redacten en forma clara y comprensible, por lo que existirá abusividad cuando se configure un desequilibrio entre los pactos del proveedor respecto del consumidor.

La ley realiza una enumeración de las cláusulas que pueden considerarse abusivas, destacándose: a) las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por cualquier motivo, salvo que la ley lo habilite; b) las que impongan renunciaciones al consumidor; c) las que autoricen a modificar los términos del contrato; d) la cláusula resolutoria a favor del proveedor; e) las cláusulas que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; f) las cláusulas que impongan representantes al consumidor; g) las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido; h) las que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación.

Dado que la inclusión de estas cláusulas da derecho al consumidor de exigir la nulidad del contrato, la ley deposita en el Juez la potestad de su integración, pudiendo declarar su nulidad si entiende que el contrato carece de causa.

Nuestra ley definió que sólo pueden haber cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, no obstante entendemos que, a pesar que no se encuentre en un contrato de adhesión, una cláusula puede considerarse abusiva siempre que, por su contenido o estructura, se ajuste a la definición de abusividad.

La obligación del proveedor de actuar de buena fe, de informar en la etapa precontractual al consumidor y de no impedir al consumidor la posibilidad de optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, así como reclamar los daños y perjuicios en caso de incumplimiento, se aplican a todos

los contratos, por ser principios estructurales de la libre contratación entre las partes.

El incumplimiento del proveedor faculta al consumidor a pedir el resarcimiento por daños de la obligación, a recibir un producto o servicio equivalente o a resolver o rescindir el contrato con restitución de lo pagado actualizado.

La ley extiende la responsabilidad por daños a los profesionales liberales, tipificándola de objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación.

En materia de prescripción, la posibilidad de reclamar por vicios aparentes caduca a los 30 días a partir de la provisión del servicio o producto y 90 días si se trata de productos o servicios duraderos, y en caso de vicios ocultos dentro de los 30 días siguientes a que se manifieste el vicio lo que deberá ocurrir dentro de los 6 meses de vendido el producto o servicio.

Reglamentación de las Cláusulas Abusivas

El decreto 244 del año 2000 reglamenta la ley de defensa al consumidor, definiéndolo como *“quien adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final de la relación de consumo”*. El decreto pone la carga de la prueba en manos del consumidor en cuanto debe demostrar mediante factura u otro medio legalmente admitido, la existencia de la relación de consumo.

Impone para el proveedor determinadas obligaciones tales como: a) que debe establecerse el valor de venta del producto para su exhibición; b) las variaciones de los precios deberán exhibirse en todas las listas de precios; c) deberá informar el precio contado con los impuestos incluidos y cuando acepte pagos con tarjetas de crédito informar si tiene algún recargo; d) en caso de financiación del precio deberá indicar la entrega inicial, intereses y formas de pago; e) cuando la oferta de productos se realice por medios televisivos,

telefónicos o informáticos, da derecho al consumidor a rescindir el contrato dentro de los cinco días de la aceptación de la oferta o recepción del producto. Es un derecho potestativo del consumidor cuando el producto que se recibe es diferente al ofertado, en cuyo caso puede devolverse el producto en el mismo estado que se recibió reclamando el precio que se pagó; f) los manuales de instrucción o uso de los productos deben estar escritos en español; g) a su vez toda acción o actividad adicional para la prestación del servicio o entrega del producto, debe especificarse claramente antes de la formalización del negocio.

El Decreto crea un Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que funciona en la Dirección del Área de Defensa al Consumidor en el que deberán inscribirse las asociaciones civiles cuyo objeto sea la defensa del consumidor.

En situaciones de conflicto entre proveedor y consumidor, la ley y el decreto prevé una audiencia de conciliación ante la referida Dirección, pudiendo en caso de persistir los desacuerdos, recurrir a la esfera judicial en una audiencia conciliatoria hasta llegar a la decisión jurisdiccional.

En lo que hace a los servicios financieros, se delega en el Banco Central el control de la oferta la que deberá regirse por las exigencias que contiene la ley para ellas, remitiéndose a la reglamentación en lo demás.

La reglamentación de la ley apuntó principalmente a definir algunos aspectos puntuales de la ley, los que tienen que ver con su aplicación cotidiana dirigida a la población en general y protegiendo a los consumidores en particular.

Breve referencia a otros ordenamientos

Teniendo en cuenta la regulación que las cláusulas abusivas han tenido en otros ordenamientos jurídicos, concluimos que la ley uruguaya esta en consonancia con las nuevas legislaciones en la materia con matices.

La definición de cláusula abusiva varía en los distintos ordenamientos. Así en la legislación alemana se señala que *“las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente inequitativamente en oposición al principio de buena fe.”*. La legislación germánica dispone que cláusulas se consideran abusivas con prescindencia de la apreciación jurisdiccional. Recoge el comportamiento ajustado al principio de buena fe por el solo hecho de establecerse en los contratos y mediando abuso de poder de una parte sobre la otra.

El derecho brasileño entiende por abusivas las cláusulas que establecen obligaciones inequitativas que coloquen al consumidor en desventaja exagerada frente al proveedor y que sean incompatibles con la buena fe y la equidad. Considera exageradas, las cláusulas que *“ofenden los principios generales del sistema jurídico, restringen derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza de los contratos amenazando su objeto o equilibrio y se muestran excesivamente onerosas para el consumidor.”*.

En la legislación de España fue un poco más lejos estableciendo con rango constitucional el derecho de defensa del consumidor. Así el artículo 50 de la Carta Magna española dispone que *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios a cuyo fin se encomienda la instrumentación de procesos eficaces que protejan la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios.”*.

En el derecho argentino se considera abusiva una cláusula cuando confiere al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas, o las que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato excepto en determinados casos específicamente previstos. Establece además que una cláusula predispuesta no tiene porqué ser abusiva por estar incorporada a diferentes contratos por una de las partes. Así, considera abusiva las cláusulas que generan una situación de inestabilidad o

desequilibrio en el contrato colocando al proveedor en una manifiesta situación de superioridad o ventaja frente al consumidor.

En el sistema norteamericano que difiere de los sistemas de raíz latina, no hay definición de cláusula abusiva ni un detalle de estas, no obstante lo cual los Tribunales se han pronunciado sobre algunas cláusulas que no producen efectos en contratos de adhesión. Valiéndose de doctrinas propias de los contratos para desconocer valor a algunas cláusulas abusivas, entre ellas, el deber de comportarse de buena fe.

En el derecho colombiano por ejemplo no existe una legislación especializada sobre cláusulas abusivas, debiendo recurrirse a normas especiales y puntuales donde se sugiere la abstención de convenir cláusulas abusivas. Por tal motivo son de aplicación los principios de buena fe y abuso de derecho que son de utilidad para definir situaciones de abuso de derecho con la carga de la reparación por parte de quien contrata en forma abusiva.

El derecho venezolano por su parte contempla la abusividad en el Código Civil regulando que las cláusulas abusivas son aquellas disposiciones contractuales que exceden los límites impuestos, o bien por la buena fe, o bien por el objeto, por todo lo cual se reconoce efectos jurídicos al contrato de que se trate.

Control de Legalidad

El control de legalidad es el contralor que realizan los agentes de derecho del cumplimiento de la Constitución, leyes y reglamentaciones de un país en los actos y negocios que se realizan en él. Dentro de estos agentes se encuentran los funcionarios del Estado, los Jueces, los agentes jurídicos y los Notarios.

En relación al principio de legalidad María Londoño Lázaro ha dicho que *“En el espíritu mismo de la noción de estado de derecho, el principio de legalidad aparece con una doble función: como contención y como protección. Como contención al ejercicio del poder público que encuentra en la ley su fundamento*

y margen de actuación; como protección en cuanto preserva la órbita individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos por la ley. ”.

Constituye una garantía para las personas en el libre ejercicio de sus derechos en la Sociedad, y nadie más capacitado y preparado que el notario para asegurar al ciudadano el ejercicio de esa garantía a que tiene derecho.

La función del Notario es esencialmente social y jurídica. Social, porque en el ejercicio de su función es tarea fundamental el asesorar a su cliente y jurídica, porque ese asesoramiento está respaldado en el derecho.

Es por ello que en la órbita privada del ejercicio del Derecho, es el notario el agente llamado a resguardar y preservar la legalidad, ya que es el técnico que actúa tratando de evitar conflictos y reflejando en documentos la voluntad de las partes en un marco de legalidad necesaria, de acuerdo a lo que dispone la legislación particular en cada área.

El documento notarial es aquel documento instrumentado por notario público en el ejercicio de su función notarial que representa un negocio o acto jurídico. Definiéndose la función notarial como aquella función de ejercicio privado que tiene por objeto dar forma y validez a los negocios y actos jurídicos, con carácter de permanencia, validez y eficacia.

La función de fedatario asignada al notario por la ley, hace que el documento haga plena fe respecto de su contenido y forma.

Pero asignar al notario sólo la función de dar fe pública, desdibuja la tarea integral de éste, ya que abarca un amplio espectro de actividades ínsitas en la función notarial que tienen que ver con el asesoramiento, la determinación de la figura jurídica en la cual debe incluirse el negocio, la redacción del documento, su permanencia, su control de legalidad, así como las múltiples actuaciones posteriores que se generan con el otorgamiento del documento notarial.

El control de legalidad debido por el notario no solo es necesario, es fundamental a efectos de lograr como objetivo jurídico protegido, el nacimiento

de derechos y obligaciones a partir de su creación dando forma al negocio jurídico proyectado.

En este contexto, la preparación jurídica del notario y su facultad de hacer veraz el contenido, forma y legalidad del documento, lo hacen el agente jurídico más idóneo para ejercer el control de legalidad en la órbita privada de la autonomía de la voluntad, en el ámbito negocial y contractual.

Pero además, estas facultades que son inherentes a la función notarial regidas por normas deontológicas y éticas que obligan al notario a respetar principios tales como el de imparcialidad, dedicación, consejo, diligencia debida, veracidad, probidad, independencia, prudencia, sagacidad, discreción, responsabilidad y legalidad.

El notario español Antonio Rodríguez Adralos entiende que *“la adecuación a la ley del instrumento público exige, la atribución al notario de facultades de control de legalidad, que quedan encomendadas al juicio del notario, pero en manera alguna a sus opiniones personales o a sus concepciones científicas, en suma a su arbitrariedad... ello pone de manifiesto que no se trata de una mera facultad, sino de un derecho-deber, de una obligación de la que el notario no puede eximirse ni a pretexto de la existencia de una ajena calificación ulterior y cuyo cumplimiento ha de tener constancia documental.”* (3).

Concluimos entonces que el derecho-deber de dar fe y realizar el control de legalidad que se atribuye por la ley al notario como funcionario público investido de estas facultades, son las dos funciones más relevantes aunque no las únicas que le corresponden en el ejercicio profesional.

(3) Revista el Notario del Siglo XXI, Marzo-Abril-2014 número 54.

Control de legalidad que ejerce el Notario
respecto de las cláusulas abusivas.

Resultado de la gestión ejecutada.

El control que puede realizar el notario de la legalidad de las cláusulas abusivas puede ser tanto reducido como muy amplio, dependiendo del tipo de contrato de que se trate.

Así, en los contratos de adhesión y por su propia naturaleza, resulta escaso cuando no nulo el control que puede realizar el notario desde su notaría. Debe tenerse presente que por su propia naturaleza el contrato de adhesión ya se encuentra previamente elaborado siendo inviable que se produzcan modificaciones fruto de un acuerdo negocial previo, porque directamente no existe acuerdo.

En el contrato de adhesión existe una propuesta de acuerdo al consumidor cuyas condiciones están pactadas y determinadas en el contrato, de manera que el consumidor, aún cuando tuviera la previsión y buena práctica de concurrir asistido por su escribano, poco podría obtener del proponente o proveedor ya que la máxima en este tipo de contrato es “o aceptas esta propuesta o no hay otras propuestas”.

Esta verdad cuasi absoluta, se revela drásticamente cuando un notario en su vida privada debe otorgar como un particular un contrato de este tipo. Es natural que el escribano aplique, casi naturalmente, sus conocimientos de Derecho a su vida diaria, por lo cual pone su “ojo avizor” en cualquier documento que deba firmar, sea este leonino o no.

Práctica lamentablemente inútil la de analizar estos contratos a los ojos del notario, que aún frente a una lectura de legalidad que puede ser adversa, no puede imponer criterios jurídicos frente al proveedor, generalmente lego en esta materia.

Naturalmente que tendrá la posibilidad de advertir prácticas jurídicamente reñidas con la ley, las que podrá eventualmente, someter a la consideración de los proveedores o aún de los Tribunales. Pero considerando que detrás de estos contratos existe generalmente un asesoramiento integral a efectos de no caer en la ilegalidad, los aspectos relativos a la negociación que perfectamente el notario puede detectar como inconvenientes, tampoco podrán ser objeto de análisis ni discusión.

Aún más, este tipo de contrato que se utilizan en la vida cotidiana de los ciudadanos y que tienden a facilitar su diario vivir (véase contrato de suministro de energía eléctrica, contrato de telefonía celular, contrato de seguro, etc.), son aceptados por los co.contratantes sin objeciones. No solo porque las personas -legos en materia jurídica- no tienen la posibilidad científica de detectar sus abusos, sino porque son contratos que están públicamente admitidos como válidos, requiriéndose de una andanada de litigios para que se advierta por parte del proveedor o del poder público, el abuso de poder que de ellos pueda emanar.

Situación distinta se da en la contratación privada entre particulares en la que intervienen los notarios.

En situaciones normales los clientes asisten al notario a fin de obtener certeza jurídica en la contratación, de manera que a través de la fe pública de que esta investido, dé forma jurídica al negocio.

En la contratación privada también pueden encontrarse cláusulas abusivas que desvirtúen la legalidad y necesario equilibrio que debe predominar en el contrato.

Así, en contratos de promesas de compraventa de unidades de propiedad horizontal con promotores privados en Uruguay, era común que se pactara la mora en el cumplimiento de las obligaciones, la que era aplicable no sólo al incumplimiento en el pago del precio sino en cuanto a la entrega y ocupación del inmueble.

Normalmente la entrega de la unidad por parte del promitente vendedor o promotor -que configura la ocupación- se pactaba a partir de que la unidad estuviera en condiciones de habitabilidad y la mora se configuraba a partir de ese momento. El problema era que no se establecía un plazo concreto de entrega de la unidad lo que llevaba a que la fecha a partir de la cual se podía constituir en mora al promitente vendedor nunca estaba establecida.

Generalmente se pactaban plazos ambiguos condicionados a las condiciones de trabajo del promotor, al estado del clima en cuanto a que no impidiera el desarrollo del plan de obras y a otras circunstancias aleatorias independientes del promitente comprador.

Este tipo de cláusulas se encuentran pre-establecidas en los contratos de promesa de enajenación de inmuebles, siendo prácticamente imposible su acuerdo en la medida que el promotor procuraba por todos los medios no comprometerse con fechas de entrega con las que seguramente no podría cumplir por los muchos imponderables que existen en la construcción.

Este tipo de cláusulas constituyen cláusulas abusivas en la medida que existiendo un control y asesoramiento por parte del notario, normalmente no pueden alterarse. Personalmente en el ejercicio profesional no hemos tenido éxito en cuanto a establecer claramente un plazo de entrega para la determinación de cuando el promitente vendedor se constituye en mora.

No obstante, en la mayoría de los contratos en los que el notario interviene como gestor de la voluntad de las partes, realiza necesariamente un control de legalidad e imparcialidad que lleva a la obtención de un negocio justo, entendiéndose por tal aquel que logra un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes.

Ley 19.210

“Ley de bancarización.

Inclusión financiera y

uso de medios de pago electrónicos

por parte de la población”

La ley 19.210 del 24 de abril de 2014 tiene por objetivo la inclusión de toda la población en el sistema financiero nacional, generalizando el uso de los medios electrónicos de pago, el uso de tarjetas de débito y de crédito y el cobro de salarios, pensiones y honorarios en cuenta bancaria.

Se trata de una ley de carácter esencialmente contable creada con el afán de universalizar el uso del dinero electrónico, pero que va más allá de lo deseable ya que introduce modificaciones sustanciales en la órbita civil.

Es una ley extensa de ochenta y cuatro artículos dividida en nueve títulos, cada uno con diversos capítulos en los que se regulan los medios de pago electrónico y el dinero electrónico; el pago de remuneraciones, pasividades y honorarios entre otros; el crédito de nómina; introduciendo además el programa de ahorro joven para vivienda y el pago con efectivo y con tarjeta de débito y crédito.

La ley ha recibido críticas en diversos colectivos del país. Así la **Cámara de Comercio del Uruguay** ha dicho que *“En la exposición de motivos encontramos que la ley se encuentra bien inspirada. Sin embargo el texto legal extralimita los motivos invocados y además de las dificultades prácticas que plantea, afecta derechos constitucionales que el Estado debería preservar, entre ellos destacamos el derecho de propiedad, el de intimidad y el de libre empresas, entre otros.”*

En el mismo sentido, la **Cámara Inmobiliaria del Uruguay** ha indicado que *“El propósito de la ley es establecer el acceso a la actividad bancaria y comercial, para aquellos que no tienen recursos, pero en el medio, para forzar esta situación, se lleva por delante actividades que están funcionando, y que le introduce cambios tan drásticos que uno duda si va a poder continuar”*.

Respecto a la inversión extranjera y la actividad notarial, el Presidente de la corporación hacia notar que la ley *“Es una traba al inversor extranjero en cuanto a la compraventa de inmuebles, ya que lo obliga a abrir una cuenta en un Banco de Uruguay para primero recibir sus fondos en su cuenta, para después poder hacer la compra del inmueble, cuando usualmente ese dinero ingresaba directamente el giro a la cuenta del vendedor o a la del escribano de su confianza para que después libre los pagos.”*

Por su parte un asesor ministerial destacó que la ley no es *“un gran hermano” electrónico en el que el Estado recibe información detallada de sus ciudadanos. Que los únicos que deberían estar preocupados serían los comercios informales porque ahora deberán registrar todas las ventas para rebajar el IVA y aportar, por lo que llama la atención que quienes piden luchar contra la informalidad, critiquen una ley que persigue precisamente eso.”* (4)

(4) Revista CIUDADES. Revista Oficial de la Cámara Inmobiliaria Uruguaya. Año 13. N° 49. Agosto de 2014

Principales aspectos de la ley

1. El artículo 83 de la ley establece que sus disposiciones son de orden público.
2. El 22 de julio de este año fue dictado el decreto por el cual se reglamentaron dos de los artículos de la ley (53 y 54) relacionados con la disminución del impuesto al valor agregado (IVA), ya que esta rebaja se lanza como un atractivo para que la población haga uso inmediato y constante del pago por medios electrónicos.
3. El objetivo de la ley es universalizar en la población la utilización del dinero electrónico como medio de pago en todo tipo de transacciones en la esfera comercial y civil.
4. Define como medio de pago electrónico: las tarjetas de crédito, tarjetas de débito, instrumentos de dinero electrónico, transferencias electrónicas de fondos, pagos a través de cajeros automáticos, por Internet o por otras vías de pago.
5. Dispone que el pago con medios electrónicos *“tiene pleno efecto cancelatorio sobre las obligaciones sobre las cuales se efectúa”* (art. 1).
6. Es dinero electrónico todo aquel *“representativo de un valor monetario exigible a su emisor incluyendo tarjetas prepagas, billeteras electrónicas y otros elementos análogos”*. Este dinero electrónico: a) se almacena en medios electrónicos como el chip de una tarjeta o un teléfono celular, b) debe ser aceptado por las entidades con efecto cancelatorio, c) es convertible en dinero en efectivo y d) no genera intereses.
7. Las instituciones emisoras de dinero electrónico deben obtener la autorización del Banco Central del Uruguay (BCU) quedando sujetas a la ley, lo que ha generado el reclamo de diversas empresas de intermediación financiera que hasta el dictado de la ley realizaron

funciones de red de pagos, la que no podrán ejercer hasta que el BCU no los autorice.

8. Crea un patrimonio de afectación independiente con los fondos correspondientes a los instrumentos emitidos por las instituciones emisoras de dinero electrónico, los que no integran la masa activa en caso de concurso por lo que se pueden entregar a sus titulares sin autorización judicial.
9. Establece que en forma obligatoria el pago de remuneraciones, así como toda partida de dinero que deben cobrar los trabajadores, se realice por acreditación en cuenta bancaria (art. 10). Dispone un programa de incorporación al sistema ya que deberá reglamentarse la actividad de las instituciones emisoras de dinero electrónico (art. 11).
10. Quedan incorporados al sistema de la ley el pago de los honorarios profesionales en el ejercicio liberal de la profesional, pudiendo el cliente elegir, dentro de las opciones que brinda la ley, cualquiera de los medios de pago previstos en ella. La incorporación debe realizarse dentro de los dos años contados de la ley, debiendo por lo tanto el profesional liberal aceptar el pago de sus honorarios por tarjetas de débito y crédito (art 12). Quedan también incorporados el pago de pasividades, pensiones, retiros o cualquier otra remuneración o pago de seguridad social o compañía de seguros incluso prestaciones de alimentarias (art. 15).
11. Aquellas personas abarcadas por la ley tienen libertad en cuanto a la elección del prestador del servicio financiero, disponiendo su incorporación compulsiva a cualquier institución en caso de que no se elija voluntariamente, para todo lo cual crea lo que denomina un “*cronograma de incorporación*” complejo y dividido en diversas etapas dependiendo el caso.
12. Modifica el régimen de inembargabilidad en cuanto: a) el artículo 381.1 del Código General del Proceso modificado por ley 19.090 de 2013 estableció que no se trahará embargo sobre las remuneraciones de los empleados público y privados ni a las pensiones, jubilaciones o retiros,

así como sobre las pensiones alimenticias salvo que estas sean suntuarias; b) habilita su embargabilidad cuando se trate de deudas por tributos o pensiones alimenticias decretadas judicialmente y; c) cuando la ley habilite el embargo o retención decretadas judicialmente. El artículo 20 de la ley dispone que el plazo de inembargabilidad será por el término de ciento ochenta días contados desde la fecha en que se acreditó el dinero en cuenta (art. 20 y ss).

- 13.** Las instituciones prestadoras del servicio deberán ajustarse a las condiciones establecidas en el artículo 25 en cuanto a la prestación del servicio que brindan, el que será gratuito, universal y permitirá la extracción de fondos en todo momento.
- 14.** Crea un sistema de cuentas simplificadas para empresas de escasa dimensión económica.
- 15.** La ley reitera la superintendencia del BCU disponiendo la creación de requerimientos en el marco de la ley contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo (art. 28).
- 16.** Se otorga la posibilidad a los trabajadores y pasivos a que soliciten un crédito de nómina autorizando al empleador o instituto de previsión social o empresa de seguros a realizar el descuento pertinente para el pago de la cuota. La ley 17.829 otorga prioridad en el descuento de sus créditos a la Contaduría General de la Nación, el Banco Hipotecario del Uruguay, el Banco de la República Oriental del Uruguay y otras instituciones que sean habilitadas por el BCU.

Se entienden por nómina la suma de todos los registros financieros de los sueldos de un empleado, los salarios, bonificaciones y deducciones sobre la cual puede solicitarse un crédito que tiene la ventaja de que, el acreedor tiene certeza de su cobro ya que éste se genera mediante descuento directo de la nómina del titular.

Este descuento debe autorizarse en forma expresa y por escrita por parte del titular de la cuenta (art 30 y ss).

Establece como orden de prioridad entre las instituciones que hagan valer sus descuentos la antigüedad en que la misma hubiera hecho valer su derecho.

Se denomina crédito con retención de haberes cuando se otorgue un crédito en efectivo o para el financiamiento en cuotas de la venta de productos o servicios, incluyéndose aquí los créditos con garantía hipotecaria y estableciéndose topes que no superen la usura de acuerdo a la ley 18.212.

17. El mínimo del monto nominal a percibir por salarios o pensiones una vez realizadas las deducciones que autoriza la ley en una primera etapa es del 30 por ciento, porcentaje que ascenderá hasta el 50 por ciento a partir del 1º de enero del 2018.

18. Las disposiciones tributarias fue lo único que hasta la fecha ha reglamentado el Parlamento, seguramente porque son las disposiciones de aplicación más inmediata y generalizadas a la población.

19. Las disposiciones tributarias –incorporadas al Texto Ordenado Tributario- fue lo único que hasta la fecha ha reglamentado el Poder Ejecutivo, seguramente porque son las disposiciones de aplicación más inmediata y generalizadas a la población.

Estas disposiciones instauran la rebaja en un porcentaje del impuesto al valor agregado en caso de pago por medios electrónicos, en relación de un dos por ciento cuando se paga con tarjeta de débito y un cuatro por ciento cuando se paga con tarjeta de crédito en ciertos casos regulados por el decreto número 302 del 22 de julio del 2014, reglamentario de los artículos 53 y 54 de ley.

20. Autoriza como proveedores de servicios de pago de débito automático a las instituciones de intermediación financiera y las instituciones emisoras de dinero electrónico.

21. En caso de operaciones de pago ejecutadas en forma incorrecta, ya sea por una operación de débito no autorizada o realizada en forma

incorrecta por el proveedor de los servicios de pago, se debe comunicar al proveedor para obtener la rectificación. Si el ordenante niega haber autorizado un pago ya realizado, corresponderá al proveedor demostrar que la operación fue autorizada y ejecutada correctamente. En caso de confirmarse que el pago fue incorrectamente realizado por falta de autorización por ser incorrecto, el proveedor debe devolver el importe abonado íntegramente en un plazo de 24 horas a partir de la confirmación del reclamo, sin perjuicio de los daños y perjuicios a que pueda dar lugar y el costo financiero implícito.

22. Se prohíbe el condicionamiento por parte de las entidades financieras de la prestación del servicio que dispone la ley a la contratación de otros productos financieros que preste la entidad.
23. Se delega en el BCU la facultad de establecer las tasas por transferencias bancarias domésticas entre cuentas de una misma institución bancaria o entre diferentes instituciones, incluyendo las que puedan trasladar a los usuarios del sistema, lo que se extiende a las operaciones realizadas por redes de cajeros automáticos.

Desde el punto de vista notarial

Esta ley ha despertado sumo interés en el ámbito notarial de nuestro país, ya que introduce novedades sustanciales que alterarán la contratación.

Analizada por destacados notarialistas de nuestro medio y sin una reglamentación que aporte luz a las disposiciones de la ley, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos y críticas, las que como reflexión final concluyen en que constituirán un escollo muy importante para la contratación, creando nulidades por el único hecho de no pactarse el precio en un medio de pago electrónico entre otras falencias.

A efectos de destacar las más importantes y a cuenta de un estudio profundo de las consecuencias que traerá aparejada su aplicación, cabe destacar:

1. Una de las modificaciones que introduce la ley es que a partir del 1º de junio del año 2015, toda operación de enajenación de bienes o prestación de servicios cuyo importe sea superior a 5.000 dólares americanos aproximadamente, cuando una de las partes –sea física o jurídica- actúe como titular de una empresa unipersonal, sociedad de hecho, sociedad irregular, civil o similar, el precio no podrá abonarse en efectivo, o sea en papel moneda o moneda metálica, sea esta nacional o extranjera.
2. También deberá pagarse por medios electrónicos de pago la enajenación de bienes o prestación de servicios cualquiera sean las personas intervinientes, cuyo precio sea superior a 20.000 dólares americanos, lo que la ley denomina operaciones de “*elevado monto*” y que en verdad globaliza todas las operaciones, ya que el monto límite establecido en el mundo de las operaciones actuales, no es en absoluto elevado. Incorpora en este caso el pago del precio por medio de cheques cruzados no a la orden.
3. En materia de arrendamientos y créditos de uso de inmuebles, dispone que el pago de todo arriendo que supere los 5.000 dólares americanos en el año civil o su equivalente mensual debe pagarse por acreditación en cuenta, debiendo identificarse la cuenta en el contrato. Establece como sanción la imposibilidad de iniciar juicio de desalojo.
4. Dispone que en toda transmisión de derecho referida a bienes inmuebles a través de cualquier negocio jurídico que constituya título hábil para transmitir el dominio de inmuebles y derechos reales menores, así como promesas de enajenación de inmuebles, cesiones de derechos hereditarios y cesión de derechos posesorios sobre inmuebles, siendo el precio superior a los 5.000 dólares

americanos, el pago deberá realizarse con medios de pago electrónico, cheques certificados cruzados no a la orden o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del comprador.

Pero además, establece que los notarios no autorizaran escrituras ni certificarán firmas de documentos de los actos referidos, si no se individualiza el medio de pago o si se paga en forma distinta a la prevista en la ley, estableciendo que en caso de incumplimiento dichos actos serán nulos, e imponiendo sanciones a los notarios a través de la remisión que efectúa al capítulo “*de la disciplina de los escribanos*” previsto en el Reglamento Notarial Nacional.

5. Las mismas imposiciones establece en materia de compraventa de vehículos automotores cuyo precio sea superior a 5.000 dólares americanos.
6. Además de estas sanciones y en caso de incumplimiento, prevé una multa de hasta un 25 por ciento del monto pagado o percibido por medios de pagos distintos a los previstos en la ley.

Aproximación al estudio de

Cláusulas Abusivas y Control de Legalidad en la ley 19.210

En oportunidad de realizar este trabajo, nos pareció interesante analizar las cláusulas abusivas en la ley 19.210 ya que se trata de un compendio legislativo de reciente creación y en la cual se hace diversas referencias al tema en estudio.

Contratos Bancarios

Esta ley que regula el pago por medios electrónicos, tendrá como consecuencia el otorgamiento de contratos bancarios que se encuentran entre los contratos estudiados habitualmente como contratos de adhesión, junto a los contratos de seguros y de transporte entre otros.

Es por ello que el análisis de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios resulta ineludible a la hora de abordar un primer acercamiento a esta ley.

Los contratos bancarios son típicos contratos de adhesión, caracterizados como todos ellos por la rapidez en la contratación, lo que hace que sean contratos predispuestos con cláusulas predeterminadas las que pueden -en determinados casos- constituirse en abusivas, motivo por el cual la ley pone límites a este tipo de contratos.

Dentro de estas cláusulas que pueden constituirse en abusivas en materia de contratos bancarios se encuentran:

1. Cláusula que prohíbe enajenar o gravar. Esta cláusula establece la prohibición de enajenar o gravar los bienes que sirven de garantía de las obligaciones bancarias, mientras dure el plazo contractual entre el banco y el usuario. En estas cláusulas la entidad bancaria garantiza subsidiariamente el préstamo con una garantía bancaria no hipotecaria, obligando al usuario a no constituir ningún gravamen sobre el mismo hasta que se pague totalmente el crédito solicitado. Esta cláusula es abusiva en la medida que restringe el derecho del consumidor de disponer de su propiedad en hipoteca o préstamo y constituye una garantía desproporcionada respecto del riesgo asumido por la entidad bancaria. Reserva a favor de la entidad bancaria una facultad de autorización ante cualquier gravamen sin

tomar en cuenta el plazo de amortización que tiene el préstamo respecto a la indisponibilidad de la propiedad.

2. Cláusula que impone la contratación de un seguro. Es aquella por la cual la entidad bancaria obliga al consumidor del crédito a asegurar el bien objeto de garantía en una empresa aseguradora, generalmente con cesión del seguro a la entidad bancaria, la que se cobrará del seguro el monto del crédito a su favor en caso de destrucción del bien que oficia de garantía. Generalmente la entidad aseguradora contrata el seguro y lo incluye en el crédito general, posibilidad que se considera válida, ya que se trata de una subrogación que sustituye la cosa pasando a ser el objeto de la garantía del crédito.
3. Cláusula que impone al consumidor los gastos del préstamo. Cláusula por la cual la entidad bancaria realiza en el consumidor del crédito la carga de pagar todos los gastos e impuestos que genere el préstamo los que se descontarán de la misma cuenta del usuario. También pone a cargo del consumidor los gastos que pueda generar la ejecución de la garantía de crédito. No se establece a cuanto ascienden los gastos, ni se da al consumidor la posibilidad de tomar conocimiento previo de estos, ni poder realizar dichas gestiones el usuario por sí mismo o por intermedio de su profesional. Esta cláusula se considera abusiva en la medida que no cumple con los requisitos de claridad y equilibrio que debe estar inherente en cada contrato.
4. Cláusula por la cual se permite descontar lo adeudado de otras cuentas. Se trata de aquellas estipulaciones por las cuales la entidad bancaria hace que el consumidor autorice el descuento del crédito de cualquier otra cuenta que éste posea en la entidad, más allá de la cuenta afectada por el crédito. El titular de la deuda tiene derecho a saber la cuenta que será afectada al crédito, salvaguardando otras cuentas que puedan tener. Se plantea el problema de cuando las cuentas que se afectan colateralmente son titular del deudor

conjuntamente con otros titulares, en cuyo caso éstos deberían autorizar la afectación que subsidiariamente se realiza, de lo contrario significaría un desequilibrio entre las partes. En esta situación los co titulares quedan en una situación de indefensión ya que no siendo deudores de la entidad bancaria, quedan presa del crédito concedido a uno de ellos.

Contrato Bancario de Emisión de Tarjeta de Crédito

El contrato de Emisión de Tarjeta de Crédito (ETC) es un contrato de adhesión por el cual la entidad bancaria otorga al consumidor un documento electrónico, con el que el usuario puede adquirir bienes o servicios pagando al contado y financiando el precio con la entidad emisora del documento.

En este contrato pueden intervenir:

- a) Entidad financiera emisora de tarjetas de crédito, que es quien emite el documento electrónico y establece las condiciones.
- b) Comerciantes adheridos al sistema de tarjetas de crédito, que son aquellos que venden productos o servicios tomando como forma de pago los documentos electrónicos.
- c) Usuarios, quienes solicitan las tarjetas de crédito haciendo uso de ellas para la adquisición de bienes o servicios.
- d) Sociedades, que agrupan a los emisores de tarjetas de crédito.

Este modelo comercial supone la realización de múltiples contratos, creados dentro de un sistema ideado y gestionado por la entidad emisora de los documentos electrónicos los que podemos detallar:

- I) Contrato entre la entidad financiera emisora de la TC con los usuarios adquirentes de las tarjetas.
- II) Contrato entre la entidad financiera emisora con cada uno de los titulares de los comercios adheridos al sistema, que es aquel por el cual los comerciantes venden sus productos a quienes exhiben la tarjeta de crédito previa identificación.
- III) Contrato entre las entidades emisoras con las sociedades que agrupan diversas empresas emisoras. Estas celebran un contrato creando una entidad cuyo objeto es organizar el funcionamiento del sistema de adquisición de bienes y servicios por medio de tarjetas, mediando entre el emisor y los contratantes adheridos al sistema.

En las compras realizadas con tarjetas de crédito, el comprador firma un comprobante o “*voucher*” que se entrega a la entidad emisora en determinadas fechas y que de acuerdo al contrato celebrado con el comerciante, se hace cargo de su pago. Tratándose de sociedades los comprobantes se entregan a dicha entidad quien gestiona el pago.

Se celebra un contrato entre el comerciante y la entidad emisora o la sociedad para el pago de los cupones.

Estos contratos facilitan la circulación de bienes y servicios en el mercado, la financiación de la compra por el usuario y la no utilización del dinero efectivo.

Es un contrato de adhesión que crea relaciones de consumo que son alcanzadas por la ley 17.250 (LRC). Así, la relación entre el emisor de la tarjeta y el consumidor son amparadas en el artículo 2º y la relación entre el emisor y el consumidor se rige por el artículo 3º.

Las prácticas abusivas que se desprenden de los contratos de emisión de tarjetas de crédito se rigen por la ley de relaciones de consumo y subsidiariamente por el código de comercio, ya que tiene naturaleza comercial.

En los casos previstos en la nueva ley, los contratos previstos para la emisión de documentos electrónicos de pago se refleja en la emisión de tarjetas de débito para poder retirar el dinero en cuenta o -lo que busca la ley con los beneficios adicionales que otorga- el pago con la tarjeta con posterior débito bancario en cuenta.

Una vez que el sistema financiero genere confianza en los nuevos consumidores de los productos bancarios que por esta ley se incorporan y viceversa, seguramente generará la emisión de tarjetas de crédito a estos nuevos clientes.

Cláusulas Abusivas en la Ley 19.210.

La ley refiere a las cláusulas abusivas en los artículos 22, 29, 65 y 75 aludiendo a la ley 17.250, y en otros artículos en forma colateral.

- **Artículo 22.** Establece el “*principio de información clara y legible y buena fe*”, recogiendo los principios fundamentales en materia de cláusulas abusivas.

A texto expreso condiciona la venta de los productos financieros que regula la ley, al cumplimiento de las normas de la ley 17.250 referentes a defensa del consumidor.

Por lo que la oferta de productos y servicios que realicen las instituciones de intermediación financiera destinados al pago de las prestaciones que la ley establece –tales como salarios, pasividades u honorarios, etc.- deberán ceñirse a las normas de dicha ley.

Esto significa que:

- a) Las entidades de intermediación financiera deben ofrecer sus productos financieros en forma clara, de manera que todos los

usuarios que pretendan acceder a ella puedan entender los derechos y obligaciones que contraen.

En este punto cabe destacar la importancia que reviste una correcta y completa información del producto bancario, en la medida que lo que busca la ley es justamente acercar los mismos a los sectores de la población que no han tenido acceso a ellos.

Es dable esperar que se trate de personas que no tienen normal ni habitual contacto con entidades bancarias y que por lo tanto desconocen las características de los productos, las obligaciones que contraen y el deber de custodia y cuidado que asumen al contratar con el banco la utilización del crédito que le asigna la entidad financiera.

- b) Los documentos deben ser confeccionados en forma legible, no solo con letra clara sino en términos contractuales de fácil comprensión. Se trata de un público que no necesariamente conocerá el sentido lingüístico de determinadas expresiones que se utilizan en la jerga bancaria, por lo que la utilización de letra legible y de un lenguaje comprensible será fundamental para el acceso al beneficio.
- c) Y por último la oferta debe ajustarse al principio de buena fe, o sea que tanto las entidades intermediarias como los usuarios del sistema deben asumir una conducta recta u honesta en relación a las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. La buena fe como norma de la actuación humana en procura de actuar conforme a derecho y al estado de derecho, se encuentran en la base de toda negociación y mucho más aún, cuando se trata de contratos predeterminados.

El artículo 30 de la ley 17.250 considera abusiva aquellas cláusulas que tengan *“claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe”*.

- **Artículo 29.** Regula la “*información a proporcionar a los usuarios de servicios financieros*”.

El artículo 28 establece que el Banco Central del Uruguay será el Órgano regulador de que las entidades emisoras cumplan con las características que la ley establece en materia de instrumentos de pagos electrónicos.

Las entidades financieras están obligadas a informar respecto a los servicios ofrecidos en la ley, el funcionamiento del sistema financiero en general y los derechos de los consumidores de los servicios financieros.

Esta obligación a cargo de los prestatarios comprende la obligación de información respecto al pago de remuneraciones, honorarios, pasividades, beneficios sociales y en las cuentas simplificadas para empresas de reducida dimensión económica.

La ley pone a cargo del Banco Central del Uruguay en qué debe consistir la información que se proporcione a los usuarios así como los criterios de ésta, encargándolo de la realización de los controles a su cargo.

Las sanciones que prevé la ley ante el incumplimiento de estas obligaciones son un apercibimiento cuando la entidad carezca de antecedentes y se trate de una sanción considerada leve, y una multa de entre 600 y 1.200.000 dólares americanos.

El trabajador o pasivo que solicita el descuento de sus haberes de la cuenta bancaria debe otorgar con la entidad financiera la autorización correspondiente, siendo nulos los descuentos que se realicen sin dicha autorización a solicitud de la entidad bancaria a quien, en el artículo 31, la ley denomina “*prestamista*”.

- **Artículo 65.** El establece una prohibición a los proveedores o comercios de condicionar la aceptación del pago con tarjeta de débito o crédito.

Esta prohibición se basa en que las entidades financieras no deben cobrar tasas adicionales por el uso de las tarjetas de débito o dinero electrónico, ya

que el pago es como si fuera en efectivo, lo que incluye las promociones que brindan los comercios.

Los comerciantes no tienen porqué aceptar la utilización de tarjeta de débito o crédito y las entidades financieras no pueden exigir su aceptación.

Esta prohibición funciona como control a la entidad bancaria, constituyendo un límite a su accionar ante la tentación de establecer cláusulas abusivas en los contratos que se otorgan entre las entidades y los comerciantes.

Por tal motivo cualquier acuerdo en contrario lo consideramos abusivo.

La supervisión de estas limitaciones y prohibiciones que establece la ley recae en la oficina Área Defensa del Consumidor de la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual podrá controlar y fiscalizar a las entidades financieras pudiendo solicitar toda clase de información y aplicándose las sanciones antes referidas.

En referencia a las operaciones de débito automático se consideran autorizadas por el tenedor del dinero electrónico cuando haya dado su consentimiento para su ejecución de acuerdo al *contrato marco* que se realice entre este y la entidad.

En el referido artículo 70, la ley expresamente se refiere al consentimiento del tenedor del dinero electrónico en su utilización como medio de pago.

A tales efectos establece que deberá firmarse un contrato marco entre ambas partes, en el que deberán controlarse la no inclusión de cláusulas abusivas, ya que se trata de un control que la misma ley exige.

Este contrato marco deberá incluir la autorización otorgada por el usuario del servicio bancario a la entidad, para el descuento de operaciones puntuales o genéricas o para el descuento de una serie de operaciones.

En ambos casos el ordenante y el proveedor del servicio bancario deberán acordar la forma en que se dará ese consentimiento y el procedimiento de notificación.

El ordenante puede establecer y así dejarlo asentado en el contrato, los límites hasta los cuales el proveedor puede realizar operaciones de pago en caso de consentimientos genéricos.

Esta autorización genérica puede ser revocada por el ordenante en cualquier momento, hasta el día hábil anterior al del débito automático.

Si bien la ley delega en el BCU la obligación de establecer los requisitos mínimos exigidos, el control será beneficioso para constatar el cumplimiento de requisitos máximos.

Se trata de otra instancia en la cual la entidad bancaria puede verse seducida de establecer condiciones abusivas, exigiendo más requisitos de los necesarios o dinero en cuenta por encima del requerido, por lo tanto el control será más que deseado, necesario.

- **Artículo 75.** Se prohíbe el condicionamiento por parte de las entidades financieras de la prestación del servicio que dispone la ley, a la contratación de otros productos financieros que preste la entidad, ni ofrecer un precio mejor por el producto que exige la ley a cuenta de la contratación de otro.

Una de las principales funciones de las entidades bancarias es la de trabajar con el crédito y para ello crean diferentes productos que puedan resultar atractivos a los consumidores para la utilización del crédito que ofrecen.

En ese afán de “vender” su crédito, es común que los Bancos ofrezcan “paquetes” de productos que permitan a los consumidores un mayor consumo en la medida de que disponen de capital con el cual hacerlo.

Generalmente, conjuntamente con la tarjeta de débito las entidades financieras ofrecen tarjetas de crédito, o líneas de crédito supuestamente más beneficiosas para el cliente.

La ley justamente condiciona que el otorgamiento del servicio financiero que la ley pretende promocionar, no sea condicionado por el prestador a la contratación de otro producto que no desee contratar el usuario.

Se recogen los preceptos de la ley de defensa al consumidor en la medida que se obliga a la entidad prestataria a informar al consumidor respecto a: a) el derecho del consumidor de contratar sólo el producto financiero destinado al uso del dinero electrónico sin necesidad de contratar otros servicios y b) de informar respecto a los montos que deberá abonar por el o los productos que contrate, así como los intereses, compensaciones, comisiones, gastos o seguros que se encuentren ligados al servicio financiero que contrate.

Esta información que debe brindar el prestatario debe constar por escrito y agrega en *“caracteres destacados, en un documento único e independiente”*.

Como se puede ver recoge controles básicos en materia de cláusulas abusivas ya que contempla la claridad con la cual debe estar extendido y redactado el documento a efectos de no hacer caer en confusiones o abusos al beneficiario del producto.

Además, agrega, el documento debe ser firmado por el consumidor, indicando si opta por el producto para la utilización del dinero electrónico o por otros servicios complementarios que ofrezca la entidad.

Como sanción para la entidad financiera incumplidora, se establece que los montos abonados por el consumidor serán computados en su totalidad a efectos de calcular la tasa de interés implícita a efectos de determinar la posible existencia de intereses usurarios.

Las mismas previsiones legales dispone la ley en materia de información, para los socios de asociaciones civiles o cooperativas que ofrezcan conjuntamente productos y servicio financieros y no financieros. La aceptación de este ofrecimiento deberá ajustarse a lo que, en materia de información, dispone la ley.

El incumplimiento lo sanciona de acuerdo a lo establecido en la LDC, Ley 17250 que ya fueron referidos anteriormente.

Referencias al control de legalidad

Las referencias hechas a las cláusulas abusivas en los contratos que tendrán que otorgar quienes pretendan acceder al dinero electrónico, requieren de un control de legalidad implícito en el análisis de cada una de ellas.

No obstante, entendemos que ese control se encuentra desde el momento que no solo prohíbe determinados pactos por considerarlos abusivos, sino que pone en manos del órgano estatal Banco Central del Uruguay, el control de los contratos a efectos de no caer en las prohibiciones que la ley penaliza.

Como hemos visto, entendemos que es muy poca la incidencia que tiene el notario individualmente asesorando a cada cliente en este, como en otros contratos de adhesión.

No obstante, el notario en su función de asesor y cumpliendo con el rol social que ostenta, tiene el poder-deber frente al requerimiento de su cliente, de asesorarlo en cuanto al contenido de este tipo de contratos.

Distinta será la suerte que corra, en cuanto a procurar un ajuste del contrato a los requerimientos del cliente ya que estos contratos de adhesión rara vez se modifican, pero al menos éste tendrá cabal conocimiento del documento que otorgue.

La legalidad de cualquier documento público debe ir acompañado de su adecuación a la realidad pero además necesariamente regido por la legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico interno del país.

Este principio es aplicado primero como principio de juridicidad en el sometimiento de los poderes públicos y la administración, al derecho y las normas jurídicas, o sea a las normas que la Sociedad a través del poder legislativo dicta para su pacífica convivencia.

Aplicado en forma estricta, busca alcanzar el debido proceso en la actuación judicial y administrativa del Estado, a través de un conjunto de instituciones, principios y valores en aplicación de la Constitución.

La legalidad del acto condiciona el acto mismo, ya que la necesaria adecuación que debe realizar a la ley, subordina el contenido y la forma.

**Viabilidad del desarrollo de una política común
o de la construcción de una
guía de buenas prácticas
a implementar sobre la materia.**

De acuerdo con lo expresado en este trabajo, consideramos viable el desarrollo de políticas comunes sobre la materia que sean aplicables a los ordenamientos jurídicos en general.

De hecho, las cláusulas abusivas tienen un tratamiento similar en aquellas legislaciones que regulan los contratos de adhesión en lo que hace al control de legalidad.

Si bien existen diferencias, fundamentalmente en cuanto a que hay algunas legislaciones latinoamericanas que no cuentan con una ley especial en materia de derechos del consumidor, por el camino de la regulación constitucional del principio de legalidad llegan a conclusiones similares.

Sería deseable en primer lugar que todos los países contaran con legislación especial en materia de consumo, en la medida que esta materia ha adquirido tal trascendencia que alcanzó autorregulación legal.

Pero aún cuando esto no sucediera y quizá porque no está en manos de los notarios solamente que esto pase, es que la creación de un conjunto de pautas o guía sería de utilidad.

Principalmente porque son los consumidores los que deben lidiar solos frente a la imposición de estas cláusulas. Y no porque no cuenten con el auxilio del notario, sino porque -como hemos visto- la agilidad vertiginosa de los contratos en los cuales se encuentran, llevan al usuario a tener que analizar y resolver prima-facie en el momento respecto a su contenido, con lo cual están resolviendo en cuanto a su legalidad.

Esta guía de buenas prácticas debería apuntar básicamente a: 1) lograr el máximo respeto por los derechos del consumidor, 2) controlar el abuso de poder de las empresas y entidades públicas y privadas respecto al usuario, limitando el avasallamiento de sus derechos, 3) alcanzar un efectivo control respecto la legalidad de su contenido 4) y por último, procurar una participación más activa del notario en la elaboración y posterior control de estos contratos a efectos de evitar su abusividad, logrando un mayor control de su legalidad.

La obtención de una guía o lineamientos como los que se pretenden no lo vemos del todo viable en nuestro país, en la medida que el peso del notario a nivel gubernamental es limitado.

Pero tal vez, en aquellos contratos que vinculan a los consumidores con entidades financieras o empresas internacionales sea factible, en la medida que este tipo de contratos se aplican desde la casa matriz al mundo, con las adecuaciones normativas del país en el cual habrán de aplicarse.

De manera que, como efecto reflejo ante la imposición del poder que apareja la contratación comercial y financiera internacional, una política común podría tener incidencia en cada país en particular.

Conclusiones

Las normas de defensa del consumidor han cambiado las reglas de juego en Uruguay, en la medida que la legislación que la regula esta presente en la normativa que se ha dictado desde el año 2000 en adelante.

Nuestro país no era ajeno a la realidad mundial en materia de prácticas abusivas, por lo que esta ley brindó el marco jurídico necesario para su contralor, alcanzando a todos los sujetos de derecho. Los mismos notarios hemos quedado subordinados a sus normas en cuanto a los servicios profesionales que brindamos.

Relacionados íntimamente, los contratos de adhesión o leoninos con las cláusulas abusivas, son cada vez más utilizados en la práctica comercial y financiera como fiel reflejo de la velocidad cibernética de los tiempos actuales, lo que alcanza su correlato en la contratación.

Es pensando en esa agilidad que requiere la contratación moderna, que encontramos escasa -cuando no inexistente- la participación del notario en este tipo de contratos.

Sin duda sería deseable que fuera otra la realidad, pero en la práctica, la estandarización de la contratación -más aún en materia bancaria- y la mecánica del otorgamiento de los contratos de adhesión, hacen difícil la intervención notarial.

Por lo tanto el control de legalidad que realiza el notario en este tipo de contrato, a lo sumo puede llegar a ser posterior cuando el consumidor recurre a él, a efectos de una ilustración y control de su contenido.

Adquiere relevancia sin embargo el control de legalidad que debe realizar el notario en aquellos contratos de adhesión que se otorgan entre particulares, tales como promesas de compraventa de inmuebles con promotores privados, contratos de garage, de hospedaje, de alquiler por temporada o en cláusulas de ajuste de valor por endeudamiento en moneda extranjera.

De manera que las recomendaciones que puedan surgir de estos encuentros pueden ser de suma utilidad para los distintos países a la hora diseñar y elaborar legislación en la materia.-

BIBLIOGRAFIA

- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Jorge Gamarra. Tomo XXVI. Teoría General del Contrato. Consumidores. Fundación de la Cultura Universitaria. Montevideo. 2009.
 - *El contrato en el año 2000. Cláusulas Contractuales Abusivas*. Dr. Gustavo Ordoqui Castilla. Anales del Foro. N° 125. Julio-Agosto 1996.
 - *Ley 17250 de Relaciones de Consumo*. Dr. Carlos Mautone. Trabajo presentado en la XLI jornada Notarial Uruguaya “Profesor Escribano Julio Schwartz”, Octubre del 2000.
 - *Endeudamiento en Moneda Extranjera e Imprevisión*. Carlos Groisman. Jurisprudencia 2003. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXXIV. Fundación de Cultura Universitaria.
 - *Contrato de Hospedaje Pensionario (Ley 18283)*. Dr. Roberto Sconfienza Pérez. Jurisprudencia 2009. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo LX. Fundación de Cultura Universitaria.
 - *La calificación registral y la figura del registrador*. Escribano Carlos Milano. Revista de Facultad de Derecho. ISSN 0797-8316, N° 32, Montevideo, Enero-Junio 2012.
 - *Principio de legalidad*. Notario Antonio Rodríguez Adrados. Revista El notario del siglo XXI. Marzo-abril 2014. N1 54.
 - *El documento notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad*. Escribana María Inés Sapriza. XXV Congreso Internacional del Notariado Latino. Madrid 2007.
 - *El rol del notario en el tráfico comercial y escriturario*. Escribana Julia Siri. Comité Notarial del Mercosur. Buenos Aires. Junio de 2003.
 - *Revista CIUDADES*. Revista Oficial de la Cámara Inmobiliaria Uruguaya. Año 13. N° 49. Agosto de 2014.
-