
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.

Esc. Dra. Alicia González Bilche

Coordinadora internacional: Amparo Quintero Arturo

Coordinadora nacional Uruguay: Alicia González Bilche



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



ASOCIACIÓN DE
ESCRIBANOS DEL URUGUAY

I. **Formas de Abusividad.**

A) Abusividad en el contenido

B) Abusividad en la forma

II. **Noción de cláusulas abusivas y Principio de Transparencia.**

A) Concepto de cláusulas abusivas y obligación de actuar de Buena Fé

B) Criterios para calificar la Abusividad

C) Legitimación activa/pasiva. Problemas procesales.

III. **Consecuencias y Mecanismos de tutela**

IV. **La actividad del notario asesor**

V. **Consideraciones Finales.**

Ponencia:

El propósito de este trabajo es, mostrar como el notario, un moldeador de la voluntad negocial, pero también un asesor por naturaleza, se inserta como profesional de Derecho en el seno de una forma de contratación que se aparta de las modalidades clásicas, consagradas hasta hoy en los textos normativos tradicionales, los códigos civiles, los cuales describían acuerdos paritarios basados en el Principio soberano de la Autonomía Privada.

En tal sentido, el itinerario que proponemos es el siguiente:

- a) Partimos del concepto macro de Abusividad. Esto supone realizar un trabajo de exploración, en primer término de las formas que la misma puede asumir. Será menester identificar la llamada **Abusividad formal y la Abusividad sustancial**, o de forma y de contenido. La dicotomía que implica el *Desequilibrio Normativo* frente al llamado *Desequilibrio Económico*. Situaciones, que pueden darse en forma conjunta o autónoma. Esto determina una referencia ineludible al **Principio de Transparencia**.
- b) Acto seguido nos adentramos en el estudio de las Cláusulas Abusivas propiamente dichas. En este capítulo analizamos el concepto de cláusula abusiva, lo que supone detenernos en los rasgos que las tipifican y las diferencian de otros institutos, así como también los criterios que en el derecho uruguayo permiten determinar cuando nos encontramos ante una cláusula de esta naturaleza, así como su relación con el Principio General de Buena Fé. Esto nos llevará a analizar, como ámbito objetivo: el **contrato de adhesión**, sus rasgos diferenciadores y la normativa que le es aplicable. Cerrando el tramo se hace una breve referencia a los problemas prácticos que los profesionales de derecho, jueces, escribanos y abogados encuentran en la práctica laboral.
- c) En el tercer trayecto nos detenemos en el análisis de las consecuencias jurídicas: cuáles son los mecanismos de tutela que el ordenamiento jurídico brinda ante el fenómeno de las cláusulas abusivas. Como debe procederse, a efectos de, una vez detectadas las cláusulas abusivas,

corregir su efecto nocivo. O si existe probabilidad de precaver el efecto dañino de las mismas. En este caso corresponde analizar las distintas soluciones propuestas, y en particular la consagrada por el legislador uruguayo.

- d) En el corazón de la presentación nos ocupamos de mostrar cual es el rol del notario ante estas nuevas (y ya no tan nuevas) modalidades negociales. Formas de contratar que se alejan del modelo operado hasta el momento por el notario. Como se potencia su rol de asesor y la responsabilidad que esto apareja.
- e) Por último, a través de una serie de citas bibliográficas de ilustres juristas uruguayos, concluir cual es el estado de situación respecto del tema en el derecho uruguayo, y las proyecciones del mismo a nivel regional e internacional.

I. Formas de Abusividad. Principio de Transparencia.

Luego de la Revolución Industrial, cuando se impone en el mercado la comercialización en masa, también muta la forma de contratar.

Es decir, cada vez es más dificultoso proseguir con la vieja modalidad de discutir todas y cada una de las condiciones del contrato.

Comienza a vislumbrarse una nueva forma de plasmar el contrato, una forma que es más funcional a las necesidades de la producción y de la comercialización en masa, una forma más en sintonía con la sociedad de consumo que se venía asentando poco a poco.

Se impone de esta forma el llamado **Contrato de Adhesión o por Adhesión**, al cual más adelante nos referiremos, pero que se caracteriza, someramente, por el hecho de que el proveedor de los bienes y servicios establece de forma unilateral las condiciones del negocio, y el papel del co-contratante se reduce a aceptar o no, tales condiciones, pero sin posibilidad alguna de introducir modificaciones. Si acepta se celebra el negocio en las condiciones predispuestas, si no las acepta, no hay contrato.

Muchas veces las empresas proveedoras de bienes y/o de servicios, aprovechando el ejercicio unilateral del derecho a predisponer el contenido del contrato de adhesión, y sumándole a esto la falta de información del consumidor, introducen cláusulas, en dichos contratos, mediante las cuales trasladan obligaciones que de regla les corresponden hacia el consumidor, o por el contrario se atribuyen facultades excesivas, con la finalidad de desplazar el riesgo que deben asumir y así minimizar costos.

Andrés Mariño López en trabajo publicado en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo¹, manifiesta que las cláusulas abusivas tienen un doble efecto nocivo:

¹ Andrés Mariño López ADCU Tomo 31 (11/01) Pág. 721-739: *El control del contenido del contrato de adhesión en la Ley de Relaciones del Consumo*

- A) Perjudican al consumidor, al adherente en el contrato de adhesión.
- B) Perjudican a las empresas proveedoras competidoras de la predisponente, la que presenta el contrato de adhesión, y que en ocasiones plantean mejores ofertas, pero a precios más elevados.

En este orden de ideas, debemos decir que la Abusividad comercial se presenta bajo dos formas:

a) **Abusividad en el contenido:** es la Abusividad desde el punto de vista de la sustancia del negocio, y esta existe cuando se propicia un ***claro e injustificado desequilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes contratantes, en cuanto a ventajas y desventajas que se ponen a cargo de una y de otra*** Deja a salvo lo que refiere a las prestaciones en sí mismas.

Es decir, en nuestro derecho uruguayo, el desequilibrio que pueda producirse en el contenido de las prestaciones, esto es entre el objeto y el precio que se paga por éste, se descarta expresamente, no se tiene en cuenta para considerar si existe o no abusividad.

b) **Abusividad en la forma:** Es la que resulta de los aspectos puramente formales, de la confección lisa y llana del negocio. En tal sentido, se entiende que existe abusividad formal o en la forma, cuando en el texto del contrato o negocio se establecen ciertas condiciones o remisiones a documentos que simultáneamente al otorgamiento del contrato se suscriben entre las partes, pero respecto de las cuales el consumidor no ha tenido tiempo de leer y analizar, y muchas veces de comprender, pero que se consideran parte integrante del contrato, y en consecuencia obligan como la ley mismo (Principio de Asimilación del Contrato a la Ley).

También es una hipótesis de abusividad formal el hecho de que el contrato, soporte papel esté redactado en términos ilegibles, en otro idioma distinto del sujeto que lo firma, con caracteres diminutos, etc.

Esto nos conduce a otro tema conexo con el tema de la Abusividad Formal: **El Principio de Transparencia.**

Ahora bien, para que las cláusulas puedan ser tachadas de abusivas por un juez uruguayo, éstas deben estar insertas en un contrato de adhesión, pues el tema de las cláusulas abusivas en nuestro Derecho se legisló únicamente en el marco de la ley 17.250, de Relaciones de Consumo.

Esta norma, sancionada el 11 de agosto de 2000, es una ley de orden público, lo cual significa que las disposiciones de la misma no pueden ser derogadas por acuerdo de los particulares. Es así, pues el objetivo del legislador fue el de lograr un estatuto de protección a quien entendía la parte más débil en la relación de consumo, lo cual no podría plasmarse si por el simple acuerdo de las partes contratantes, estas protecciones quedaren sin efecto.

Nuestra Ley de Relaciones de Consumo es una norma de carácter tuitivo. Y si bien el primer objetivo de la misma es la defensa de los derechos del consumidor, tampoco desconoce los derechos del proveedor. Tal es así que dicha norma, de forma indirecta, pretende eliminar la competencia desleal, la competencia de aquel que presenta en el mercado precios más accesibles pero por violentar el debido respeto a las normas de consumo.

Como adelantáramos, el contrato de adhesión es aquel que ha surgido como consecuencia de la generalización de la economía de mercado en masa.

En el mismo, las cláusulas son predispuestas por uno de los contratantes, normalmente el proveedor sin que la otra parte (consumidor), pueda discutir y/o modificar las mismas en forma sustancial. El contenido del

contrato es redactado unilateralmente por el proveedor, y la otra parte (consumidor) solamente podrá adherir o no adherir, pero sin una tercera posibilidad.

Andrés Mariño² ha sostenido que el uso de los contratos de adhesión pasa a ser indispensable para la economía moderna de mercado, y esto fue así desde su origen, el cual ubica en las prácticas de los navieros ingleses a partir del año 1797.

Para Mariño, el contrato de adhesión es un **texto contractual prerredactado por quien ofrece el bien/servicio en forma uniforme para la generalidad de los contratos que celebre de ese tipo y al cual, la otra parte adhiere sin posibilidad real de negociar;** y extrae los siguientes elementos tipificantes:

1. Existe predisposición de todas sus cláusulas por parte del oferente, las cuales son presentadas al consumidor, quien solamente puede aceptar o no dichas cláusulas, pero no puede introducir modificaciones a lo ya establecido.
2. Existe imposición del contenido contractual, pero no hay posibilidad de transacción de las condiciones negociales
3. Existe generalidad: esto significa que el contenido del contrato de adhesión es uno, y se repite para todos los contratos de la misma naturaleza, es el mismo para todos los co-contratantes, independientemente de la situación de cada uno de ellos.

Parte de nuestra doctrina, ha sostenido que con el contrato de adhesión se produce una limitación en la libertad del adherente, y esto es contradictorio con el paradigma de contrato que se plasma en nuestros códigos civiles.

Por lo cual se ha discutido, si el contrato de adhesión es verdaderamente un contrato, entendido como un “acuerdo de voluntades”, o si

² Andrés Mariño López ADCU Tomo 31 (11/01) Pág. 721-739: El control del contenido del contrato de adhesión en la Ley de Relaciones del Consumo

nos encontramos ante una figura novedosa, que sin lugar a dudas llegó para quedarse.

Según la posición contractualista debe diferenciarse entre la libertad para decidir entre adherir o no al contrato con cláusulas predispuestas; y la libertad de configurar el contenido de dicho negocio de adhesión.

Señala Boris Rodríguez Facal³ que el primero en utilizar el término “contrato de adhesión” fue Raymond Saleilles en su obra *La declaración de la voluntad*, publicada en el año 1901. Y se caracterizó a la figura como aquel contrato en el que existe un predominio exclusivo de una sola de las partes contratantes que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada de co-contratantes y que espera adhesión de aquellos que quieren aceptar el contrato.

Citando a Gamarra, Boris Rodríguez Facal señala los caracteres definidores del contrato de adhesión, los cuales a grandes rasgos coinciden con la caracterización que realiza Mariño, son:

1. predeterminación del contenido contractual
2. por obra de una de las partes: el contrato es obra exclusiva de una de las partes
3. mediante la inclusión de cláusulas rígidas, pues deben ser aceptadas sin posibilidad de negociación
4. con carácter general y uniforme, dirigidas a una pluralidad de adherentes
5. de forma permanente
6. sin posibilidad de discusión y/o modificación
7. supresión de la etapa de tratativas

³ La regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en la ley 17.250 de relaciones de consumo. Boris E. Rodríguez Facal Rev. Técnica Forense Nro. 9 (12/00) Pag. 75 a 87

8. superioridad del predisponente y sometimiento del adherente

En estos negocios la preordenación de la norma contractual está a cargo de una de las partes, la otra parte presta su adhesión, por lo cual no hay un contrato negociado; no obstante ello, el concepto de **autonomía privada no decae**: en este nuevo tipo de contrato el individuo mantiene la misma opción que frente a un contrato negociado: aceptar o no aceptar.

La libertad en la contratación no está afectada, pues el futuro adherente tiene la potestad de decidir si o no; solamente en caso de que opte por adherir quedará sometido al estatuto del contrato pre-redactado por la contraparte, extremo que también conoce, esto significa que en todo momento su consentimiento es libre.

En síntesis, el ámbito de aplicación objetiva del tema que nos ocupa, en el Uruguay se circunscribe a los contratos de adhesión, con los caracteres que hemos visto.

Quedan fuera de la regulación los contratos entre proveedores aunque fueren contratos de adhesión, excepto que uno de ellos actúe como consumidor final.; y por supuesto también se excluyen los contratos paritarios o discutidos, reglados por el Código Civil y por la normativa concordante con éste.

El Principio de Transparencia.

El Principio de Transparencia ha sido incorporado por nuestra Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250. Este principio impone a la parte que dicta las cláusulas en un contrato de adhesión, el deber de expresarse claramente y en forma comprensible, lo cual importa la utilización del idioma español, el uso de caracteres legibles y claros, entre otros.

Este principio tiene por finalidad que el consumidor adquiera un conocimiento cabal del contenido de la relación obligacional que asume.

Se trata de evitar que el consumidor quede vinculado en virtud de una relación negocial cuyo contenido preciso desconoce, y lo desconoce por el abuso de posición de quien ha redactado las cláusulas del contrato.

La ratio final del Principio de Transparencia es permitir que el consumidor conozca en forma directa el contenido del contrato y pueda valorar enteramente su alcance, para que se encuentre en condiciones de formalizar una elección/ decisión libre e informada.

Este principio se relaciona con la obligación que tiene todo actor jurídico de actuar de buena fé; crea una norma de comportamiento que impone al proveedor-profesional la obligación de hablar de modo claro y comprensible.

El Principio de Transparencia es una barrera contra el poder normativo del proveedor, por ende, quedan exceptuadas las cláusulas que han sido negociadas por los contratantes.

Este principio irradia de modo más universal, es decir informa el ordenamiento jurídico todo, y no se circunscribe únicamente a los contratos de adhesión. Esto es así, pues como dijimos antes, es una consecuencia inmediata y directa del **Principio General de Buena Fé**.

Nuestro Código Civil uruguayo, tributario del Código Civil francés, ya manejaba el tema de la transparencia, pero con otras consecuencias: en sede de interpretación de los contratos postula que la solución ante el problema de la oscuridad en la redacción de las cláusulas que componen el negocio era una interpretación *contra proferentem*. En caso de

ambigüedad, la norma se interpretará en contra de aquel que fue autor de la cláusula confusa.⁴

La sanción clásica recogida en el Código Civil, no es la misma que estableció el legislador en la Ley de Relaciones del Consumo, donde la falta de transparencia puede configurar un caso de abusividad. En esta hipótesis también hay diferencia con el Código Civil, pues la sanción de la Ley Relaciones de Consumo es bastante más severa: hay posibilidad de declarar nula la cláusula abusiva.

Y la nota especial: si bien el control económico de las prestaciones queda fuera del control jurisdiccional por abusividad de la cláusula, cuando el objeto del negocio y la adecuación del precio no se identifican en forma clara y comprensible, la operación se derrumba, pues estas cláusulas pasan a quedar sometidas al control de abusividad **por no ajustarse al Principio de Transparencia**.

O sea: pueden declararse abusivas aquellas cláusulas del negocio que refieren al objeto y/o al precio cuando hayan sido redactadas en forma ambigua, oscura, confusa, lo cual habilita al consumidor a solicitar su nulidad ante el Juez.

Este no revisará el contenido del contrato ni lo readecuará en términos económicos, sino con el fin de declarar abusiva, por razones formales, dichas cláusulas no transparentes, que impiden al consumidor conocer acabadamente el contenido del contrato, valorarlo y obligarse libremente.

Cuando el consumidor no ve con claridad, no tiene una representación precisa respecto del objeto y/o del precio, por ende no

⁴ Art. 1304 CCU: En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación.

puede comprender a que se obliga, ni elegir libremente, y la finalidad de la Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250, es proteger la transparencia de los precios de mercado y la libertad de contratar, la correcta formación de la voluntad negocial, tal como lo enseña en sus clases el Prof. Esc. Roque Molla.⁵

II. Noción de cláusulas abusivas y Principio de Transparencia.

A) Concepto de Cláusulas Abusivas y obligación de actuar de Buena Fe:

El tema de las cláusulas abusivas surge ante la necesidad de equilibrar normativamente la situación de las partes contratantes que forman la relación de consumo, pues la desigualdad entre ellos permite abusos por parte del proveedor.

El proveedor, puede, en base a su supremacía, determinar el esquema negocial, moldeándolo en favor de sus intereses y avasallando al consumidor, que solamente puede adherir o no, pero no discutir. Y si bien, primariamente aparece intacta la libertad de contratar, la situación varía cuando ese proveedor lo es de productos y/o servicios que brinda solamente él, (en regimen de monopolios sean públicos o privados), aquí la libertad de adherir o no, ya no es tal, y tambalea todo el discurso que venimos viendo.

Las soluciones respecto de las cláusulas abusivas varían:

En **Paraguay** se ha establecido la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que se catalogan como abusivas, y no se restringió la existencia de ellas al contrato de adhesión.

⁵ Molla Roque. Curso de Derecho Privado II – III Universidad de la República, Montevideo, Uruguay

Por su parte en **Chile**, se consagra la ineficacia absoluta de dichas cláusulas, y también se circunscribe a los contratos de adhesión.

También **Brasil** consagra la nulidad de pleno derecho de las mismas, y no lo limita a los contratos de adhesión.

En el **derecho uruguayo**, las cláusulas abusivas solamente han sido consagradas para los contratos de adhesión, es decir se ha circunscripto el ámbito de aplicación objetivo a las cláusulas impuestas y predispuestas en esta clase contratos. Y también se ha limitado el ámbito de aplicación subjetivo: a la *relación de consumo*⁶, la cual en nuestro derecho viene legalmente definida como el vínculo que se traba entre consumidor y proveedor

Las cláusulas abusivas se han definido como **Cláusula Abusiva aquella que:**

a) Determina claros e injustificados desequilibrios en perjuicio del consumidor, o

b) Viola la obligación de actuar de buena fé.

Estas nociones operan autónomamente, siendo suficiente que se dé una de ellas para configurar la Abusividad.

a) Si la cláusula es abusiva por determinar claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones que en virtud de la relación obligatoria (pues la relación de consumo es una relación obligatoria) se ponen a cargo de proveedor y de consumidor; en

⁶ **Artículo 4º.**- Relación de consumo es 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.

perjuicio del consumidor. Este desequilibrio debemos definirlo como **“Desequilibrio Normativo o Jurídico”**.

Como se dijo antes, el desequilibrio normativo o jurídico es el observado entre los derechos y las obligaciones, que en virtud de la relación, se ponen a cargo de cada uno de las partes contratantes. En tal sentido, para que exista equilibrio normativo, a un derecho consagrado en favor de uno de los contratantes debe corresponder una obligación, que a su vez reporte un beneficio o facultad a la otra parte. De lo contrario estamos ante un desequilibrio normativo, y esa cláusula será calificada de abusiva.

En síntesis, ***es abusiva la cláusula que quebranta la correspondencia que debe existir entre las ventajas y desventajas surgidas en virtud de la relación obligacional, en nuestro caso relación de consumo.***

Por ello, doctrina y jurisprudencia uruguaya son monocordes en sostener que con el Equilibrio Normativo no se busca la “justicia contractual”, ni tampoco el fundamento es el llamado **precio justo**. Tal es así, que como se adelantó no está en juego para calificar de abusiva a una cláusula negocial el llamado **“Desequilibrio Económico”**. El desequilibrio económico consiste en la desigualdad de valor entre las prestaciones intercambiadas: es decir pagar un precio excesivo por un objeto o viceversa. En este sentido el equilibrio de valor entre los bienes/derecho sigue regido, en Uruguay por el **Principio de la Autonomía Privada**, esto es, queda en la órbita de la libre decisión de los contratantes.

Debe recordarse que en nuestro derecho positivo, y en especial en nuestro Código Civil, existen varias referencias normativas que apuntalan este principio de la autonomía privada, como un principio rector y básico, que informa todo el sistema, a saber:

- 1) **Lesión:** entendida como desproporción, al decir del Prof. Esc. Roque Molla, no es vicio del contrato⁷. Es decir que la consagración de la lesión como cláusula abusiva ha sido rechazada por causar inseguridad jurídica. Si bien el abuso debe combatirse, la relación cosa – precio debe dejarse librado a la apreciación y pacto de partes. En Argentina, Mónica Casares⁸ afirma que una concepción de tipo social avala la intervención del Estado en la contratación de adhesión, con el fin de controlar el inicio o la ejecución de un contrato de adhesión. Lo que se basa en la idea de que las partes no mantienen la igualdad contractual; con anterioridad a la normativa hoy vigente. Los medios de que se disponían para realizar el control eran la lesión o el abuso de derecho, y la sanción de la nulidad. La ley argentina, señalada por Casares, ley número 24.420, respecto de las cláusulas abusivas trae como solución, tenerlas por no convenidas. Casares entiende que son ineficaces, pero para ella hubiere sido más ajustado establecer su nulidad absoluta.
- 2) La apreciación del valor de lo que cada parte asume en virtud de un contrato oneroso, en nuestro derecho es **subjetiva**. Así lo define nuestro Código Civil en su art. 1250⁹, al decir que los contratos conmutativos, son aquellos contratos onerosos, en los que lo que cada parte se obliga a dar, hacer o no hacer, se **mira como equivalente** a lo que la otra parte se obliga a dar, hacer o no hacer. O sea que la apreciación del valor de las prestaciones es *a los ojos de las partes que intercambian*, por lo tanto decimos de regla, la apreciación del valor de las prestaciones en nuestro derecho uruguayo es **subjetiva**.

⁷ Art. 1277 CC. La lesión por sí sola no vicia los contratos. No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución in integrum alguna; sin perjuicio de lo dispuesto sobre la nulidad en el Capítulo VII del Título III de este Libro.

⁸ Casares, Mónica Protección de derechos del consumidor y las cláusulas abusivas pág. 97 a 110

⁹ Art. 1250 CC. El contrato oneroso se llama 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; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

El desequilibrio debe tener las notas de:

- Claro
- Injustificado

En tal sentido, se ha sostenido que si bien no se trata de un criterio cuantitativo, lo que si debe ser, es claro, el desequilibrio debe manifestarse con nitidez y no requerir de operaciones complejas para ponerlo de manifiesto.

b) Si la cláusula es abusiva por transgredir la obligación de actuar de Buena Fé: Sin duda la máxima de actuar conforme al Principio de Buena Fé, es un axioma cardinal, un principio general de Derecho, que informa todo el sistema jurídico. Es tal, en la medida que a los efectos de la mejor comprensión del sistema y armonización de sus institutos, el intérprete recurre al mismo para dar sentido a la normativa aplicable.

La Buena fé puede ser entendida en dos sentidos:

- **Buena Fé Objetiva:** La buena fé objetiva opera como límite de la libre expresión de la voluntad, señalando lo que debe considerarse como abusivo o lesivo, atentatorio de la razonable conmutabilidad de las prestaciones. La ponderación de la buena fé nos permite determinar si un eventual apartamiento de las normas dispositivas se dio en forma justificada o injustificada, y si el ejercicio de esta libertad de contratar ha sido o no abusivo.
- **Buena Fé Subjetiva:** es lo que en doctrina y jurisprudencia se conoce como la legítima ignorancia

A partir de la sanción de la Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 se introduce un nuevo concepto: **La Buena Fé Correctiva.**

En tal sentido, los jueces podrán declarar nulas, aquellas cláusulas contenidas en contratos de adhesión que fueren contrarias al Principio de Buena Fé, siempre que causen perjuicio al consumidor.

La justificación es la misma que fundamenta el control de las demás cláusulas tachadas de abusivas, se trata de limitar el abuso del poder normativo negocial que de hecho ostenta el profesional al redactar las cláusulas que integran el contrato de adhesión.

B) Criterios para calificar la Abusividad.

Como se ha señalado, se advierte un doble efecto dañoso de las cláusulas abusivas:

- a) perjudican al adherente al provocar en él decisiones no racionales por falta de información.
- b) perjudican a las empresas del ramo, que presentan mejores condiciones, pero como requieren costos más elevados, volcarán el producto/servicio al mercado con un precio más elevado que el de las empresas que presentan condiciones de peor calidad por apartarse de la normativa vigente.

¿Cuales son los criterios para calificar la abusividad?.

Según señala Andrés Mariño¹⁰, en el trabajo citado antes, debe atenderse:

1. A diferencia de lo que dispone la Directiva Europea, la ley uruguaya autonomiza ambos criterios: una cláusula es abusiva si produce desequilibrio o si viola la obligación de actuar de buena fé.
2. El desequilibrio no es económico sino jurídico, no es un desequilibrio en el valor económico de las prestaciones, es un desequilibrio en la distribución de los derechos y obligaciones que asumen las partes del contrato.
3. La buena fé a la que refiere la norma es la buena fé objetiva: se trata de una regla de conducta que impone actuar de acuerdo a un modelo abstracto de la conducta debida.

¹⁰ Mariño, Ob. cit.

Esta situación se visualiza en un caso concreto muy difundido, como es la utilización de la tarjeta de crédito. Este tema involucra otra situación que merecería un capítulo separado: **los contratos conexos**.

El contrato de emisión de tarjeta de crédito, implica necesariamente la existencia de lo que se llama “**operación económica**”, en la cual se identifican pluralidad de contratos persiguiendo el mismo fin y con una necesaria interconexión.

Es un caso en el cual los contratos están necesariamente vinculados entre sí, si bien son negocios estructuralmente y funcionalmente diferentes apuntan a un mismo y único resultado, es decir hay una coincidencia de efectos. Se identifican varios contratos y una única **operación económica**, y lo hace a través de una pluralidad de contratos conexos, dirigiendo sus efectos de manera exclusiva e indivisible a facilitar la adquisición de bienes y servicios utilizando como medio de pago a la tarjeta de crédito.

Este contrato de Emisión de tarjeta de crédito, es un contrato de adhesión, pues el emisor de la tarjeta de crédito, predispone las cláusulas negociales y el usuario simplemente adhiere a ellas. En este esquema el proveedor-emisor, establece un predominio sobre el otro co-contratante, pues el emisor dispone las cláusulas del contrato y las pretende hacer operar a su favor, sometiendo la pluralidad de voluntades individuales que se adhieren a ella aisladamente. Es claro que este tipo de contratación favorece la incorporación por parte del emisor -predisponente, de cláusulas abusivas, pues su poder negocial es desigual, frente al consumidor, que es el sujeto débil de la contratación.

Nuestra Ley de Relaciones de Consumo Nro 17.250 prescribe que se trata de cláusulas que crean un desequilibrio significativo, injustificado a favor de profesional y en perjuicio del usuario. Y ahí queda plasmado el carácter de abusiva de las cláusulas resultantes: la abusividad es tal pues el emisor se aprovecha de ese poder negocial superior, para obtener ventajas indebidas sin que exista reciprocidad de su parte.

Lo que ocurre es que en esta modalidad negocial, en el Uruguay, los emisores han adoptado como práctica el hecho de que

conjuntamente con la firma del contrato propiamente dicho el emisor hace firmar al usuario un vale (título valor) en blanco. Esta práctica de la firma del vale en blanco, es contraria a los derechos básicos del consumidor, pues crea una clara desventaja y desequilibrio que favorece exclusivamente al proveedor, quebrando los principios de igualdad y buena fé. Estamos a un caso típico de cláusula abusiva¹¹.

- **Exclusión del control del contenido:**

En este esquema que venimos desarrollando:¿ **que quedaría fuera del control de Abusividad?**

1. Se excluyen del control jurisdiccional de abusividad el contenido del contrato de adhesión que la parte adherente tuvo en cuenta para contratar: precio/servicio o bien, pues en este caso existe consentimiento del adherente.

El art. 30 de la Ley de Relaciones de Consumo excluye del control al producto/servicio y al precio, refiere a dos elementos estructurales del contrato: objeto y causa. Siempre y cuando estas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Es la aplicación del Principio de Transparencia de los contratos de adhesión y su fundamento se encuentra en que el control de contenido no se aplica a las cláusulas que refiere al objeto y a la causa del contrato, al presentarse un consentimiento integral con respecto a los mismos por parte del adherente.

2. También quedan fuera de este controlar aquellas cláusulas, que aún tratándose de un contrato de adhesión, pudieron ser

¹¹ Larrañaga, Luis, Collazo, Gabriel, Muñoz, Elena, Quiró Saldaña, Joaquín ADCU Tomo 34 (2004) pág. 593-608

negociadas por el consumidor, y así lo hizo. Es decir que las cláusulas resultantes han sido producto de la negociación entre las partes contratantes.

C) Legitimación activa y pasiva en la Ley Nro. 17.250 de Relaciones de Consumo.

La Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 confiere legitimación activa a aquellos sujetos que revisten calidad de consumidores.

El consumidor es el sujeto tutelado en primera instancia por la Ley de Relaciones de Consumo. Existe una definición legal de consumidor, establecido por el art. 2: *Consumidor es 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. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.*

Del análisis lógico sistemático de la norma, vemos que la misma exige dos requisitos conjuntos para incluir a un sujeto en su régimen de protección:

- a) que el sujeto sea consumidor final del producto/servicio
- b) que el sujeto no adquiera producto/servicio con el fin de integrarlo en procesos de producción, transformación o comercialización.

El sujeto pasivo es el proveedor, lo define el art. 3 de Ley Relaciones de Consumo: *Proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso 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..*

En suma: en la regulación del tema de las cláusulas abusivas está implícita la tutela de la parte más débil del contrato y el resguardo del principio básico de la libertad real de comercio y concurrencia leal.

Ruben Stiglitz, citado por Zulma Luaces, Beatriz Rodríguez y Aída Noblía¹², sostuvo una definición de cláusulas abusivas a partir de distintos criterios:

- a) la falta de negociación por las partes
- b) las cláusulas se presentan preordenadas sin posibilidad de negociar
- c) su contenido infringe las exigencias de buena fé
- d) causa un desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes del contrato

La existencia de este tipo de cláusulas con un contenido abusivo, es usado para imponer una situación que asegure un determinado beneficio o elimine un riesgo propio de la gestión que se realiza.

Por lo que refiere a los criterios para determinar lo abusivo de una cláusula, señalan los siguientes requisitos:

La Directiva de la Comunidad Europea 93/13, define ***Cláusula Abusiva: aquellas que no se han negociado individualmente, y con independencia de las exigencias de la buena fé, y causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.***

La Directiva 93/13 establece que una cláusula contractual es abusiva, si pese a las exigencias de buena fé, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

• ¹² María Zulma Luaces – Beatriz Rodríguez Acosta – Aída Noblía XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino: *La autonomía privada en los contratos de adhesión.*

Se afectan dos principios rectores de la contratación:

a. Principio de Relatividad de los contratos: El principio de relatividad de los contratos¹³, es aquel que establece que los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los contratantes, sus herederos y demás sucesores de las partes, pues los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos. En este caso se da un apartamiento del principio enunciado, mediante un tipo de intervencionismo estatal, el legislador amplía la esfera de los efectos del contrato, en cuanto permite al consumidor que sus reclamos puedan afectar a sujetos que resultarían ser terceros en la contratación. La Ley de Relaciones de Consumo Nro.17.250 consagra la responsabilidad del fabricante y/o del distribuidor.

b. Principio de Asimilación del Contrato a la ley¹⁴: Este principio general instaura la ficción de que el contrato es una ley entre las partes. En este caso, también ve afectado sus límites clásicos, propiciando la intervención del Juez.

¹³ Art.1292 Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de una disposición especial de la ley, de una cláusula de la convención o de la naturaleza misma del contrato.

1293. Los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos, sino en los casos de los [artículos 1254](#) y [1256](#).

¹⁴ Art. **1291.** Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

III. Consecuencias: Mecanismos de tutela.

Se trata de responder a la pregunta **¿cómo se protege el sistema de las cláusulas abusivas?**

Existen, básicamente, dos opciones:

- 1) **Criterio de interpretación “contra stipulator”**: es decir interpretar las cláusulas abusivas contra quien las redactó e insertó en el contrato. El Prof. Ruben Stiglitz¹⁵, en Argentina indica que este criterio de interpretación es justificado, pues las garantías clásicas, sustentadas en principios fuertemente individualistas, no son eficaces para proteger al consumidor, pues en la práctica una contratación seriada mediante el uso de contratos predispuesto en formularios o similares, permite al proveedor afirmar más su poder absoluto, en la determinación del contenido del contrato. Esta forma interpretativa, se fundamenta en el Principio de Buena Fé en la etapa pre-contractual y de perfeccionamiento, momento en el que se insertan las cláusulas abusivas. Se sanciona al estipulante cuando las cláusulas son ambiguas, oscuras o indescifrables para el consumidor, o que en el contexto del contrato desnaturalicen la claridad del contenido del mismo.

Mediante este recurso de la interpretación “*contra stipulator*”, se concede al juez una herramienta para combatir la negación al Principio de Buena Fé. La solución de beneficiar al consumidor con la interpretación tiene como base el Principio de Igualdad.

- 2) **Declaración de nulidad**: la otra solución que se ha patrocinado es la de propiciar que el Juez revise el contrato y una vez identificadas las cláusulas abusivas, las declare nulas.

¹⁵ Stiglitz, Ruben Las Cláusulas Abusivas en Argentina... Rev. Crítica de Derecho Privado Nro. 8 (2011) pág. 185-210

En el derecho uruguayo, a Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 da un paso más y agrega: que el Juez, luego de cumplida esta primera operación, podrá integrar el contrato, valiéndose de reglas supletorias que regirán en lugar de lo pactado y viciado por abusividad. O sea, en situación final: el juez revisa el contrato que contiene cláusulas abusivas. Identificadas las mismas las declarará nulas. En su lugar instaurará otras cláusulas sustituyendo a las declaradas nulas propiciando el re-equilibrio negocial del contrato. Si concluida la operación el contrato carece de causa, el Juez deberá declarar la nulidad del negocio todo.

3) Para corregir estas disfunciones, previamente puede articularse la *intervención legislativa*: con el fin de realizar un control sobre los contratos de adhesión. Este control puede darse de dos formas:

- **Control abstracto**: es el realizado por órganos de la Administración Pública quienes controlan el contenido de las condiciones generales de todos los contratos de adhesión.
- **Control en el caso concreto**: es el realizado por los órganos jurisdiccionales. Es el que establece nuestra Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250, en los arts. 30 y 31.

Artículo 30.- Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que 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. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

En el artículo 31 se establece una enumeración, no taxativa de cláusulas abusivas, a saber:

- A)** Las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada.

- B)** Las cláusulas que impliquen renuncia de los derechos del consumidor.
- C)** Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.
- D)** La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato.
- E)** Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda.
- F)** Las cláusulas que impongan representantes al consumidor.
- G)** Las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente de cargo del proveedor.
- H)** Las cláusulas que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.

La estructura es similar a la que presenta el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR. En tal sentido debe señalarse que nuestra ley no adoptó el art. 43 de dicho protocolo, que establece que las cláusulas que impliquen limitación de derechos del consumidor deberán ser redactadas en forma destacada.

La sentencia del Juez tendrá efectos entre las partes y ello hace que constituya un riesgo insignificante para el predisponente, no le impone abstenerse de continuar con la práctica abusiva. Esto si lo prevé la ley argentina.

Este control concreto tiene por finalidad eliminar por medio de la declaración de nulidad, aquellas cláusulas de los contratos de adhesión, estableciendo incluso una lista no taxativa de cláusulas abusivas., tomando como modelo el art. 44 del Proyecto de Protocolo del MERCOSUR.

Como decíamos, en el derecho uruguayo la Ley de Relaciones del Consumo Nro. 17.250, establece un doble control respecto de los contratos de adhesión para precaver la existencia de cláusulas abusivas:

- 1) **Control Abstracto:** se verifica a través de órganos de la Administración Pública, los que controlan el contenido de las condiciones generales de los contratos predispuestos.
- 2) **Control Concreto:** es el control que se realiza a través de los órganos jurisdiccionales. Nuestro legislador optó por esta modalidad con la finalidad de eliminar del contrato de adhesión las cláusulas abusivas, mediante la declaración judicial de nulidad. Se afilia a la corriente que sustenta que la existencia de abusividad no implica nulidad de todo el contrato, sino solamente de esa cláusula considerada abusiva. Se ha sostenido que esto no es otra cosa que un reflejo del Principio de Conservación del Negocio Jurídico.

Esta formula ha generado problemas a nivel de derecho procesal, en lo que es la dinámica misma de los procesos jurisdiccionales.

Solamente a modo de ejemplo, diremos que entre los procesalistas se ha instalado otra discusión: ***¿puede el juez decretar la nulidad de cláusulas en un contrato de adhesión por ser abusivas, cuando la parte no lo solicitó en su demanda?***

En virtud del poder – deber de que disponen los tribunales uruguayos de aplicar el derecho vigente que corresponda a cada caso (“iura novit curiae”), si la parte no alegare la aplicación de la Ley de Relaciones del Consumo Nro. 17.250, pero articulara los hechos y sus pretensiones de modo tal que éstos quedaran al amparo de la referida norma no invocada, el juez podrá dictar sentencia basándose en la Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250.

O sea: si la parte ejerce pretensión solicitando la declaración de nulidad de una o más cláusulas contractuales por abusivas, pero se funda en normativa diversa a la Ley de Relaciones de Consumo

Nro.17.250, nada obstará a que si el Juez considera abusiva la misma, declare su nulidad de conformidad con el art. 31 de Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250.

En jurisprudencia se han planteado otras dudas al respecto, a saber:

a) Si la parte en su demanda, no invoca ni pretende la nulidad de una cláusula por abusiva: **¿puede el Juez disponer la nulidad de la cláusula o incluso del contrato en virtud de lo dispuesto por el art. 31 Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250?** En caso afirmativo, ¿no significaría vulnerar el Principio de Congruencia, consagrado en el art. 198 Código General del Proceso?:

Esto nos lleva de la mano al Principio de Congruencia, el cual es definido por Barrios de Angelis¹⁶ como la conformidad existente entre el objeto del proceso y la sentencia que se pronuncia sobre el mismo.¹⁷

Ahora bien, el principio de igualdad tiene, en Uruguay, rango constitucional, pues está consagrado a texto expreso en el art. 8¹⁸ de la Constitución, en tanto, el principio de congruencia tiene origen en la ley (el Código general del Proceso es una ley); o sea que es jerárquicamente inferior.

En consecuencia, el juez, no puede sustraerse a la circunstancia de que el principio de igualdad es de mayor jerarquía y, por tanto, le asignará la debida incidencia al adoptar resolución, aún cuando no hubiere sido invocado por las partes.

Para intentar resolver el tema, Santiago Pereira Campos traza algunas líneas de análisis a tener en cuenta:

¹⁶ Barrios de Angelis, Introducción al Proceso Pág. 135

¹⁷ Art. 198 Código General del Proceso uruguayo: Contenido de la sentencia.- Las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas precisas. Recaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas, declararán el derecho de los litigantes y se pronunciarán sobre las condenaciones en costas y costos.

¹⁸ Art.8 de la Constitución uruguayo: Rodas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

1. El autor sostiene que el carácter de orden público que tiene la Ley de Relaciones de Consumo Nro.17.250, no determina por si solo que el juez deba aplicarla de oficio y declarar la nulidad. Pereira explica que la ley sea de orden público implica un limite a la potestad de los particulares de derogar por acuerdo las disposiciones de la norma en cuestión. En definitiva, es un límite al Principio de la Autonomía Privada. Pero enfocado desde el punto de vista del derecho procesal, como nuestro proceso está regido por el principio dispositivo y por el principio de congruencia, debe exigirse de forma expresa que la ley habilite al juez a actuar de oficio, sin que medie pedido de parte. En este caso no se verificaría tal posibilidad

2. No obstante cabe preguntarse que tipo de nulidad afecta dichas cláusulas: **¿Nulidad absoluta o nulidad relativa?**: Esto tiene importantes consecuencias, según se defina en un sentido o en otro. En el primer caso la nulidad puede ser relevada de oficio, en tanto si se trata de un caso de nulidad relativa, la misma solamente podrá ser declarada a instancia de parte.
Sobre el punto, la Ley de Relaciones del Consumo Nro. 17.250 no la califica, y la doctrina civilista suele conceptuar de absoluta a la misma conforme al art. 1561 del Código Civil. En tal sentido puede y debe ser declarada de oficio por el juez y no puede subsanarse. Respecto de esto debe decirse que no toda nulidad absoluta es relevante de oficio:
 - a) la nulidad debe ser manifiesta, visible, notoria, indiscutible.
 - b) que resulte de los hechos alegados y de las pruebas agregadas al proceso, lo que es una manifestación del principio de congruencia.
 - c) no puede alegar nulidad absoluta el que ha ejecutado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Para Pereira Campos no es tan claro que estemos ante una nulidad absoluta. Este autor señala que, para que el juez integre el

contrato, se requiere que el consumidor reclame la nulidad de la cláusula y por derivación de ello, no podría ser dispuesto de oficio por el tribunal.

IV. La actividad del notario asesor.

La parte que adhiere a lo que la otra parte ha preordenado, permite obtener la norma jurídica. Aquí reside la importancia de la labor creadora del Notario: en el cumplimiento de su función asesora y formativa de la voluntad de las partes; que se traduce en una función preventiva de litigios, comparte la justicia cautelar del Estado.

En tal sentido Miguel Angel Campo,¹⁹ refiriéndose a la función notarial señala: que la seguridad jurídica es uno de los valores más preciados en las sociedades modernas. Y la misma se evidencia, según señala el citado autor en tres dimensiones:

a) Seguridad jurídica: que el Estado proporciona a través de la actividad de los jueces. El Estado cumple con su deber de velar por la seguridad jurídica cuando proporciona a los ciudadanos el libre acceso a los estrados judiciales para puedan proteger sus derechos y su libertad.

b) Seguridad económica: garantiza los resultados adversos de una inversión, por ejemplo a través de la contratación de un seguro.

c) Seguridad cautelar: como certeza de eficacia garantizada por el propio Estado, es decir la procura el propio Estado. ¿Cómo?. Según Campo, proporcionado los mecanismos que permitan velar por la legalidad de las relaciones jurídicas y las doten de certeza desde de su configuración inicial, debiéndose estar presente en ese primer momento, cuando nacen las relaciones jurídicas, ofreciendo los instrumentos que cumplan con esa finalidad. Por eso deviene necesario para el estado

• ¹⁹ Campo Miguel Angel, *La competencia notarial en asuntos no contenciosos* Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay Tomo 96 (1-12 de 2010).

determinar el procedimiento de formación de dichos instrumentos: por lo cual la presencia del Estado se efectiviza a través del notario, mediante el sistema de fé pública notarial.

En este orden, Juan Francisco Delgado²⁰ señala que la condición de jurista del notario, especialista en derecho privado más el hecho de que el notario participa desde el momento en que se crea el documento, hace que su rol sea muy significativo, en especial como asesor de los otorgantes de ese negocio: *“El Notario conoce a las partes puesto hablado con ellas, sabe el fin que pretenden pues así se lo habrán expuesto y conoce los instrumentos legales para conseguir que ese instrumento tenga plena eficacia jurídica, es decir que no cree conflictos posteriores.”*

En este sentido, Campo agrega que no puede desconocerse, que el perfil del notario latino ha sufrido embates como consecuencia de las variaciones acaecidas en las sociedades modernas y en los modos de comerciar. Así pues nadie desconoce que la moderna contratación expone al notario a múltiples presiones de parte de los grandes operadores económicos, lo cual pone en peligro su función de fedatario. Para evitar esto, campo entiende que es necesario fortalecer tres ejes básicos:

- la independencia
- la imparcialidad
- la responsabilidad del notario

En su trabajo, Miguel Angel Campo explicita respecto de los mecanismos de protección y los clasifica en dos grandes grupos: **a) represivos y b) preventivos.**

• ²⁰ Juan Francisco Delgado *Las características de la condición de profesional del notario y sus consecuencias. La inmediatez en el ejercicio de la función y el asesoramiento.* Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay Tomo 92 (7-12 de 2006), pág. 161-165.

1) **Represivos:** son los que se refieren al regimen de responsabilidad del escribano, en sus tres dimensiones: civil, penal y disciplinaria.

2) **Preventivos:** por ser sumamente ilustrativo, nos permitimos transcribir la opinión del citado jurista:

a) Todas las medidas tendientes a fomentar el principio de libre elección del notario han de ser bienvenidas.

b) Potenciar todos los mecanismos que refuerzan la imagen independiente del notario, en especial, el lugar de firma, que en principio debe ser el despacho notarial.

c) La adecuada confección del arancel.

d) La elaboración de un código deontológico con rango normativo, que pueda servir no solo de guía de conducta en la actuación notarial, sino también como base de derecho positivo en la instrucción de los correspondientes expedientes sancionadores.

e) Potenciar y desplegar con mayor intensidad las competencias del Consejo General y de las Juntas Directivas sobre ordenación de la actividad profesional de los notarios, así como sus facultades de inspección, con la finalidad de velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones vigentes, por la ética y la dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares

La función notarial de asesoramiento consiste en explicar la normativa vigente y aplicable, clarificar y moldear la voluntad negocial de los otorgantes, prevenir riesgos. Toda esta actividad debe ser necesariamente anterior a plasmar el documento sobre el papel.

Debe tenerse presente que la función de asesoramiento notarial se desdobra en:

a) informar

b) dar consejo

a) El deber de informar: es el deber más básico, es aquella actuación del notario destinada a poner en conocimiento de las partes otorgantes, todo lo que pueda ser de interés respecto del negocio/acto que se proyecta realizar. Esto comprende el deber de exponer al sujeto las múltiples alternativas, posibles, las consecuencias de cada opción, indicando los medios jurídicos más idóneos para alcanzar la finalidad que el requirente se propone; es decir va más allá de la simple referencia a la normativa aplicable.

b) El deber de dar consejo, “aconsejar”: la doctrina se ha dividido en cuanto a si efectivamente existe el deber de aconsejar. Quienes entienden que existe, afirman que supone una mayor intensidad que el mero deber de informar, y que será necesariamente a requerimiento de la parte otorgante.

En conclusión Campo manifiesta: “...sea cual sea el otorgamiento concreto que ocupe al notario, con independencia de su complejidad o sencillez, de las circunstancias personales de los otorgantes, de su formación y asesoramiento previo, y de la mayor o menor intervención en la redacción del documento, el notario solo habrá cumplido debidamente su obligación de asesoramiento cuando haya logrado que el instrumento refleje la autenticidad de fondo, la verdadera voluntad negocial de quienes suscriben.”²¹

Campo señala en el trabajo citado, que dada necesidad reseñada, de que le notario brinde seguridad jurídica en su rol de fedatario, se impone el control de legalidad también como una obligación esencial en el quehacer del notario.

Cuando se habla de control de legalidad notarial se refiere a que el notario debe aplicar la legislación vigente y como tal debe ejercer un control respecto de su cumplimiento cuando se pretende celebrar un negocio que además debe documentar, y al cual revestirá de fé pública y presunción de autenticidad y veracidad: **lo que autoriza el Escribano/Notario es verdad.**

Para reafirmar este concepto Campo cita un fallo del Tribunal Constitucional español, la sentencia 207/1999, que nos permitimos

²¹ Obra citada pág. 80

transcribir en lo medular, por resultar muy categórica: *“La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público”*.

Y en este iter el autor afirma, que en relación al control de legalidad notarial deben distinguirse dos aspectos, uno referido a la etapa previa de formación del negocio el cual se desdobra en:

1) Control Negativo: “el control rechazo”: si el escribano constata que el acto o contrato es contrario a la normativa vigente, negará la posibilidad de autorizar el mismo.

2) Control Positivo: supone guiar a los requirentes por las soluciones ajustadas a Derecho, las que se han institucionalizado a efectos de lograr los fines que se han planteado.

Ahora bien, cabe preguntarse cuales son las características que debe tener el asesoramiento notarial. El asesoramiento notarial se caracteriza por:

A) La inmediatez: el escribano no desarrolla un trabajo de asesoramiento en abstracto, por el contrario despliega un trabajo en un caso concreto, contemplando la situación de hecho para la cual fue requerida su intervención, en contacto directo con las personas que solicitan su intervención. Por ello la inmediatez con los otorgantes es un elemento típico u definidor de su actividad asesora.

B) Vinculado al caso concreto: El asesoramiento del escribano se despliega en el mismo momento en que se otorga el acto o contrato. Y esto supone conocer el fin que se proponen las partes, estudiar previamente la documentación del caso, saber en que normativa encuadra el negocio/acto proyectado, cuales son los efectos del otorgamiento que se autoriza.

C) La iniciativa notarial: o lo que algunos autores definen como el asesoramiento no rogado: es el escribano quien debe tomar la iniciativa de informar, advertir, asesorar y explicar el contenido del negocio y sus efectos y consecuencias, sin esperar a que el otorgante se lo solicite, pues muchas veces, por diversos motivos esto no ocurre, y frustraría una de las más caras funciones del notario.

Delgado de Miguel, en el trabajo que citamos hace un aporte muy interesante a la perspectiva del notario como profesional liberal señalando que: si el notario deja de ser un asesor jurídico, se convertirá en un mero testigo que legitima la suscripción de los documentos, las firmas de los otorgantes, y tarde o temprano acabaría el sistema por prescindir del notario, pues su actividad nada añadiría, lo puede hacer cualquier otro funcionario del Estado en forma más barata.

Agrega que en muchos países la normativa que regula la actividad del escribano establece a texto expreso la labor de asesoramiento. A vía de ejemplo cita algunas leyes notariales:

- España: *“Como profesional del Derecho el Notario tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”*²².
- Argentina: *“..el ejercicio de la profesión de escribano comprende además: a) El asesoramiento y la emisión de dictámenes orales o escritos en lo relativo a cuestiones jurídico notariales en general.”*²³
- Cuba: *“...asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios, a quienes instruye sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance*

²² Artículo 1 reglamento notarial

²³ Art. 20 de la ley notarial de la Ciudad de Buenos Aires

*jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate”.*²⁴

V. Consideraciones Finales.

Ningún tema como este pone a prueba la flexibilidad del notariado para adaptarse a los cambios drásticos y definitivos.

El notario, quien desde siempre se ha definido a si mismo como un artesano, que edifica el contrato a medida, atendiendo la realidad particular de cada caso, ve con esta nueva realidad de economía de mercado y sociedad de consumo, vertiginosa por demás, que impone una nueva forma de contratación que ha llegado para quedarse, un desafío sin precedentes.

El Prof. Carlos Groisman²⁵, afirma, que una norma jurídica adquiere autonomía propia a partir de su sanción, y admite, siguiendo a Errandonea²⁶, que puede carecer de consenso, al margen de su legitimidad. No hay norma social sin un relativo grado de consenso.

El contenido ideológico de nuestro Código Civil, evidencia la necesidad de establecer un sistema jurídico que proteja al beneficio privado como interés público. Tal extremo surge claro, dice Groisman, del informe de la Comisión de Codificación de 1867, de acuerdo al cual el sistema se edificó sobre los siguientes pilares:

1. *Son personas todos los individuos de la especie humana.*
2. *El derecho vigente admite como el romano, la rescisión de los contratos por causa de lesión enorme o enormísima y este es otro de los puntos que la Comisión, de acuerdo con el autor del proyecto, ha creído digno*

²⁴ Art. 10 de la Ley de las Notarías Estatales de 1º de marzo de 1985

- ²⁵ Crisis del Sistema Jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la ley de relaciones de consumo Nro.17.250. Carlos Groisman - Roque Molla ADCU Tomo 35 año 2055 pag. 719-734

²⁶ Revista Crejus Nro.,1 Alo 1987 pag 2 y ss

de reforma. Es de interés público que las convenciones lícitas sean siempre eficaces, no sólo por el respeto que merecen la promesa hecha y la palabra empeñada, sino también porque la seguridad del dominio contribuye, en gran manera, al desenvolvimiento de la riqueza y a la mejora de la condición material de la sociedad. **El hombre debe contratar con prudencia, y si no lo hace y se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio, como no haya mediado delito o Cuasi-delito de parte del otro contrayente, o algún otro vicio radical en el contrato**²⁷. Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o nuestras imprudencias. Cuando la ciencia económica enseña de un modo incontestable que el precio convencional se determina por el la libre transacción del vendedor y el comprador, y ese precio es el verdadero y justo de las cosas, expresión de su valor en el cambio en el instante en que el contrato se celebra; cuando este principio se encuentra consignado expresamente un a ley del Fuero Juzgo; cuando se observa en lo asuntos mercantiles por disposición del Código Oriental, y no ofrece inconveniente alguno, por que no aceptaríamos en lo civil, como justo, como acertado y bueno ese principio?. Se puede preferir que continúe esa multitud de litigios temerarios o notoriamente maliciosos que da lugar la extraña teoría de la lesión enorme y enormísima? Ciertamente que no; y tenemos por mucho más conforme a la moral, la sencilla consignación de esta regla: **cada cosa en venta vale la cantidades que se vende; no habiendo vicios en ella, y no mediando, ni dolo, ni coacción**²⁸.

3. Protección del Dominio o derecho de Propiedad, que generan vínculo entre el propietario y la cosa que no se puede romper sin un hecho del propietario.
4. Lo sujetos son iguales ante la ley. Cada uno tiene la facultad de emitir voluntad jurídicamente relevante, una voluntad creadora de normas jurídicas particulares, los contratos, que lo “obligan como la ley misma” (Principio de asimilación del contrato a la ley).

²⁷ Destacado nuestro

²⁸ Destacado nuestro

5. La seguridad jurídica como valor primordial: por ello se descarta la posibilidad de invocar, en nuestro derecho, la vigencia de la Teoría de la Imprevisión. Esto implica que el negocio permanece inalterable frente a circunstancias sobrevivientes a la relación obligatoria que impactan directamente sobre la ecuación económica de quien debe pagar.
6. El Principio de Identidad en el pago: así entonces, el cumplimiento debe responder exactamente con el pago programado, de tal forma que sólo el acreedor puede admitir un cambio en la materia debida. Una conducta diversa implica incumplimiento de lo debido.
7. El concepto de buena fé. El principio de Buena Fe es un principio rector que informa el ordenamiento jurídico todo, y los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse conforme a este principio.

En este escenario impacta la ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250, y a entender de Groisman marca una fractura en nuestro sistema jurídico-normativo, lo cual determina la existencia de por lo menos dos sistemas normativos con principios y contenidos inconciliables

La ley Nro. 17.250, como ya adelantamos es una ley de orden público, que establece un estatuto protectorio del consumidor, exceptuada la materia laboral.

En tal sentido, Groisman plantea la problemática de la vinculación entre ambos sistemas:

- A)** La Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 estableció una normativa **especial** a efectos de disciplinar respecto de las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores. Esa especialidad marca una desviación del derecho general con el cual debe confrontarse. Y veáse que Groisman nos habla de **derecho especial**, no de **derecho excepcional**. Las situaciones de derecho excepcional, son aquellas en las que el derecho común se deroga en vista a situaciones específicas.
- B)** La ley Nro. 17.250 como derecho especial debe compatibilizarse con el sistema general. La ley especial posterior incompatible

con el sistema general supone su derogación, manteniéndose como expresa Messineo (citado por Groisman), el “resto marginal de aplicabilidad” en lo que fuere compatible.

En consecuencia, la tarea de coordinación del sistema especial con el general debe efectuarse de la siguiente forma:

- a. Determinar si la operación económica se rige por la ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 o no es alcanzado por ella.
- b. En caso afirmativo debe aplicarse la Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250, y excepcionalmente, en todo lo no previsto en el la ley, el Código Civil²⁹, pues así lo establece la citada ley en su artículo 1º.
- c. Como consecuencia de la remisión anterior, se elimina el Código de Comercio como parte del sistema normativo general
- d. Se pone en duda la vigencia de los sistemas especiales, como la ley 8733 de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazo.

Por su parte el Prof. Esc. Roque Molla,³⁰ anota que la vigencia de la teoría del negocio jurídico en general y la del contrato como especie del género, vienen siendo cuestionadas por influencia de formas de comercialización que se traducen en conductas sociales típicas (Larenz) y en contratos de adhesión, lo que para muchos implica la desaparición de la autonomía privada.

La Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 consagra un sistema especial inaugurando la categoría de contratos de consumo con caracteres bien distintos a los contratos paritarios del Código Civil, por lo cual puede sostenerse la coexistencia de dos sistemas en materia

²⁹ Artículo 1º.- La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las relaciones de consumo, incluidas las situaciones contempladas en el [inciso segundo del artículo 4º.](#)

En todo lo no previsto, en la presente ley, será de aplicación lo dispuesto en el [Código Civil.](#)

³⁰ Crisis del Sistema Jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la ley de relaciones de consumo Nro.17.250. Carlos Groisman - Roque Molla ADCU Tomo 35 año 2055 pag. 719-734

de relaciones jurídicas patrimoniales, en coincidencia con lo aportado por el Prof. Carlos Groisman ut supra.

Para Molla lo primero que hay que anotar es la pérdida de supremacía del Código Civil, con el surgimiento de microsistemas, entre los que se ubica la Ley de Relaciones de Consumo.

Esta estatuye, dice Molla, un régimen en las antípodas del Código Civil, un régimen imperativo, edificado sobre bases totalmente distintas, que refiere ya no a personas sino a proveedores y consumidores y apoyándose en distintos principios especialmente alejado del Principio de Relatividad de los Contratos, priorizando la noción de *operación económica*.

El ámbito de aplicación de la Ley de Relaciones de Consumo, para el Prof. Roque Molla, está claramente establecido **subjétivamente y objetivamente:**

- **Ámbito de aplicación objetivo:** debe tratarse de una relación de consumo, vínculo entre proveedor y consumidor, no se aplica a las relaciones que no son de consumo.
- **Ámbito de aplicación subjetivo:** no se aplica al consumo empresarial.

A modo de resumen, en relación a nuestro tema Molla sintetiza en forma contundente y clara:

- a. Para remediar la falla estructural del mercado, que alteró el sistema de igualdad formal establecido en el Código Civil, la Ley de Relaciones de Consumo establece un capítulo relativo a las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión, un mecanismo para recomponerla igualdad de trato consagrado como derecho básico del consumidor.*
- b. El control de contenido dispuesto la Ley de Relaciones de Consumo refiere a la corrección del desequilibrio normativo establecido unilateralmente por el proveedor, no a la eventual desproporción económica entre las prestaciones.*

- c. *La Ley de Relaciones de Consumo no constituye una aplicación de un principio general protectorio de los débiles frente a los fuertes, sino que regula una especial situación de debilidad: la del profano frente al experto, de ahí el deber de informar y que la publicidad integre el contrato.*
- d. **Con la Ley de Relaciones de Consumo se legisla por primera vez respecto de las Cláusulas Abusivas, instaurando un control judicial que permite anularlas, pero circunscripto dentro del marco de las relaciones del consumo.**³¹³²

Por su parte el Prof. Jorge Gamarra³³, en relación a este tema se plantea si el sistema positivo uruguayo consagra un *principio de igualdad, proporcionalidad o equivalencia entre las prestaciones que asegure justicia conmutativa*, atribuyendo al juez poderes para corregir la relación obligatoria emergente del contrato:

- a) en el momento del perfeccionamiento
- b) en el momento de la ejecución

Gamarra concluye que tal principio, en nuestro derecho, no existe.

No se consagra un mecanismo de reequilibrio de las posiciones contractuales.³⁴

No obstante ello, el art. 30 de la Ley de Relaciones de Consumo encuadra dentro de los que el autor Roppo³⁵, citado por Gamarra

³¹ Molla, Roque Ob. cit.

³² Destacado nuestro

- ³³ Tendencia hacia la objetivación del contrato Jorge Gamarra Revista Crítica de Derecho Privado Nro. 3 – 2006 Estudios en Homenaje al Prof, Esc. Fernando Miranda

³⁴ Destacado nuestro

llama “*remedios para contratos desequilibrados*” y tiene por finalidad corregir el desequilibrio entre derechos y obligaciones contraídos (no entre las prestaciones intercambiadas), el llamado **desequilibrio normativo o jurídico por oposición a desequilibrio económico**.

Por eso Gamarra ubica a la Ley de Relaciones de Consumo en el ámbito del “*equilibrio contractual en sentido amplio*” dentro del sector limitado al equilibrio normativo o jurídico, el cual excluye el control del precio. Este está regulado en el art. 1277 y 1250 del Código Civil, que consagra el principio de la autonomía privada: los contratantes eligen el valor de las prestaciones que se intercambian. Lo que además arraiga en el principio de libertad: cada uno decide lo que para cada uno es justo, por eso se descarta, por opuesto a un mercado libre y de libre competencia, la existencia de un contrato moralizante.

Para Gamarra, la intervención del legislador debe darse a efectos de evitar abusos, no permitir que se obtengan ventajas injustas, y de esa manera da paso a una ley especial.

Y además, al tratarse de una típica ley de protección al débil (para Gamarra si se trata de un sistema protectorio del más débil) , se inserta en la llamada **tendencia hacia la objetivación del contrato**.

En este sentido, el Prof. Jorge Gamarra, afirma que con el advenimiento de la Ley de Relaciones de Consumo Nro. 17.250 en el Uruguay no hay razones para pensar que existe un nuevo modelo de contrato que sustituya al Código Civil, para Gamarra, la libertad de los particulares

³⁵ Vincenzo Roppo, citado por Gamarra, sostiene que ha surgido un nuevo paradigma contractual distinto del contrato de derecho común, cuya fuerza de ley entre las partes resulta notablemente atenuada por le llamada “receso de arrepentimiento”, y está sometido a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, no solo en sentido normativo, sino también económico. Y entiende que no se circunscribe a los contrato del consumidor, abarca también los contratos entre empresas, bancarios, de financiación. El dato unificante del nuevo modelo contractual hoy puede definirse como asimetría del poder contractual, en razón de ella el legislador introduce las reglas que constituyen el nuevo paradigma.

continúa siendo el principio cardinal. Lo que ocurre es que la tendencia hacia la objetivación del contrato que ella encarna, establece limitaciones, pero sin afectar el equilibrio económico.

Bibliografía.

- Campo Guerra, Miguel Angel *La competencia notarial en asuntos no contenciosos* Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay Tomo 96 (1-12 de 2010).
- Casas, Blanca . Revista de Técnica Forense Nro. 9 (12/00) pág. 89-96: *El consumidor después de la ley 17.250.*
- Delgado, Juan Francisco *Las características de la condición de profesional del notario y sus consecuencias. La inmediatez en el ejercicio de la función y el asesoramiento.* Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay Tomo 92 (7-12 de 2006).
- Gamarra, Jorge Revista Crítica de Derecho Privado Nro. 3 – 2006 Estudios en Homenaje al Prof, Esc. Fernando Miranda: *Tendencia hacia la objetivación del contrato*
- Groisman, Carlos Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 35 año 2005 pág. 719-734: *Crisis del Sistema Jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la ley de relaciones de consumo Nro. 17.250*
- Guevara Areco, Eduardo Fernán XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Pág 171-181: *El control jurisdiccional de constitucionalidad de las cláusulas contractuales como ampliación de la tutela constitucional del proceso y posible excepción al principio de congruencia.*
- Larrañaga, Luis, Colazo, Gabriel, Muñoz, Elena, Quiró Saldaña, Joaquín Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 34 (2004) pág. 593-608: *Prácticas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito,*
- Luaces, María Zulma –Rodríguez Acosta, Beatriz –Noblía, Aída XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino: *La autonomía privada en los contratos de adhesión.*

- Mariño López, Andrés Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 31 (11/01) Pág. 721-739: *El control del contenido del contrato de adhesión en la Ley de Relaciones del Consumo.*
- Molla, Roque Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 35 año 2005 pág. 719-734: *Crisis del Sistema Jurídico. Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la ley de relaciones de consumo Nro.17.250*
- Pereira Campos, Santiago XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Pág 313-328: *Principio de Congruencia y nulidad de cláusulas abusivas.*
- Rodríguez Facal, Boris E. Revista Técnica Forense Nro. 9 (12/00) Pag. 75 a 87: *La regulación de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en la ley 17.250 de relaciones de consumo.*