

El desequilibrio contractual. Una visión comparatista*

RUBÉN S. STIGLITZ**

SUMARIO

1. Equilibrio contractual
2. El desequilibrio contractual
3. La desigualdad de conocimientos
4. Lo que se celebra es un contrato por adhesión
5. Inclusión de cláusulas abusivas
6. Cómo se restablece el equilibrio. Información. Establecimiento de normas imperativas
7. Cómo se restablece el equilibrio (cont.). Lucha contra las cláusulas abusivas

Fecha de recepción: 20 de julio de 2012
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2012

* El origen del presente artículo obedece a una investigación personal y al interés del autor, sobre la necesidad de abocamiento al tema en favor de restablecer el equilibrio contractual que en el contrato de seguro, aparece desnaturalizado genéticamente.

** Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Doctor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha sido Profesor Titular de Derecho Civil III en la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad de Buenos Aires.

Es Miembro Titular de la rama argentina de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Desde 2004 es Socio Honorario de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) y desde 2008 es Profesor Honorario de la Universidad de Mendoza.

Es autor de numerosas obras sobre Teoría General del Contrato, Derecho de Seguros, Derecho Del Consumidor y Contratos civiles y comerciales.

Corero electrónico: rstiglitz@estudiostiglitz.com.ar

8. La revisión en materia contractual
9. Cómo se restablece el equilibrio (cont.). Revisión del contrato
10. Cómo se restablece el equilibrio (cont.). Integración del contrato con los mensajes publicitarios
11. Noción de equilibrio contractual según la directiva comunitaria europea
12. Criterio para la determinación del equilibrio
13. Criterio para la determinación del desequilibrio: la ventaja excesiva
14. Existencia de un desequilibrio significativo
15. Un criterio para la determinación del desequilibrio
16. Equilibrio contractual
17. La cláusula debe ser conocida
18. Cláusulas abusivas. Consideraciones previas. Contratos a los que se aplica
19. Cláusulas abusivas (cont.). Definiciones
20. Cláusulas abusivas (cont.). Examen de la definición
21. Es inherente a la cláusula abusiva la mala fe del profesional
22. Quid de la mala fe del predisponente
23. Definiciones (cont.). Visión comparatista: Francia
24. Definiciones (cont.). Visión comparatista: España
25. Definiciones (cont.). Visión comparatista: Italia
26. Definiciones (cont.) Visión comparatista: Portugal
27. Definiciones (cont.) Visión comparatista: Bélgica
28. Definiciones (cont.) Visión comparatista: Inglaterra
29. Conclusiones: los puntos comunes y el disenso en las definiciones
30. El porqué del desequilibrio significativo en los contratos por adhesión
31. El desequilibrio significativo, el poder de negociación y el poder económico
32. Sistematización de cláusulas que tienen por objeto provocar un desequilibrio significativo
33. Cláusulas excluidas de la calificación de abusivas
34. Función del principio de buena fe como cláusula abierta
35. Control judicial sobre las cláusulas abusivas
36. Efectos de la calificación de abusiva de una cláusula. La nulidad parcial
37. Aplicación de la nulidad parcial
38. Final

RESUMEN

El gran esfuerzo doctrinario en materia contractual de nuestros días se ha redireccionado en la protección del débil, del vulnerable, del desinformado, de quien carece de conocimientos técnicos. El referido régimen protectorio se traduce en normas imperativas o indisponibles que constituyen lo que, desde 1804, se enuncia como “ataques al principio de la autonomía de la voluntad”. Hoy constituyen mitos, ya que desde una perspectiva ontológica, el legislador, el docente en el aula o desde el texto, el magistrado, decididamente hacen prevalecer la justicia contractual por sobre el principio vinculante.

Palabras clave: Equilibrio, desequilibrio, mitos, justicia contractual

Palabras clave descriptor: Desequilibrio contractual, régimen protectorio, cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The contracts theory of the most recent times has been redirected towards protecting the weak, the vulnerable segment of the population, the ill-informed ones, the ones who lack technical knowledge. The mentioned protection regime results in rules that are mandatory or not subject to the will of the parties which comprises what has been known since 1804 as “attacks against the principle of the autonomy of the will of the parties.” They are myths because from an ontological perspective, the legislator, the professor at the classroom or from the textbook itself, the judge, they all decidedly make the contractual justice prevail over the principle that binds the parties by the terms of a contractual relationship.

Key words: balance, imbalance, myths, contractual justice

Key words plus: contractual imbalance, protection regime, abusive clauses

1. EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Exponer sobre el equilibrio contractual, necesariamente, nos conduce a la noción de contrato oneroso.

El contrato es a título oneroso cuando una de las partes ha recibido o recibe, bajo la forma de una prestación inmediata (actual) o de una promesa futura, una atribución patrimonial entendida como beneficio o ventaja, como contrapartida del sacrificio que ella procura a la otra o a un tercero.

Para que el contrato sea oneroso se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal, que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia.

2. EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

El desequilibrio contractual ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas.

La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo.

ENUNCIADO DE RAZONES QUE PROVOCAN EL DESEQUILIBRIO EN EL CONTRATO

3. LA DESIGUALDAD DE CONOCIMIENTOS

La desigualdad de conocimientos caracteriza las relaciones entre aseguradores y asegurados a tal punto que la incompetencia o falta de conocimiento de los asegurados se presume. La desigualdad de conocimientos se manifiesta por el contenido de aquellas relaciones en que se precisan conocimientos técnicos particulares que aparecen sobre la marcha.

4. LO QUE SE CELEBRA ES UN CONTRATO POR ADHESIÓN

La estructura del contrato por adhesión a condiciones generales conduce a constatar la existencia de desequilibrio. Su funcionamiento no necesita más que el poder desequilibrante surja solo de una cláusula exorbitante que imponga la voluntad unilateral al otro contratante.

5. INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El desequilibrio es la consecuencia de un abuso en el ejercicio de un poder desequilibrante.

El desequilibrio se manifiesta por la inclusión de cláusulas contractuales que favorecen a una de las partes o agravan las obligaciones y cargas de la otra.

Esas cláusulas perturban la economía del contrato provocando un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

6. CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO. INFORMACIÓN. ESTABLECIMIENTO DE NORMAS IMPERATIVAS

Uno de los mecanismos consiste en obligar al asegurador a suministrar información al asegurado. Los jueces han buscado compensar el desequilibrio imponiendo a quien está bien informado, (a) informar al mal informado con el fin de restablecer el equilibrio en la negociación del contrato.

En los contratos de mayor complejidad (b) se incluye por el legislador normas imperativas.

7. CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO (CONT.). LUCHA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Otro modo de reequilibrio del contrato por el legislador está dado por el sistema de lucha contra las cláusulas abusivas, cuando legalmente se prevé una nómina de cláusulas prohibidas (nulas) y otra de cláusulas presuntamente abusivas (anulables).

A los fines de identificar el efecto, en Francia, se establece que “las cláusulas abusivas son reputadas no escritas”¹. En Argentina, “se las tendrá por no convenidas”². Ambos efectos han sido equiparados a la nulidad.

8. LA REVISIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL

Todos los supuestos de revisión del contrato, presuponen un apartamiento del dogma de la autonomía de la voluntad.

En efecto, desde sus orígenes el principio de autonomía de la voluntad rechazaba (y rechaza) toda revisión del contrato que no provenga de la voluntad de las partes. En este tema, tal concepción ha pasado a ser un mito dado que el asegurador hoy debe someterse a controles externos, legislativos o jurisprudenciales, que tienen como propósito esencial restablecer el equilibrio original. En Argentina y con motivo de la existencia de franquicias calificadas como exorbitantes, los Tribunales las han revisado, reduciéndolas sensiblemente.

9. CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO (CONT.). REVISIÓN DEL CONTRATO

Como acaba de quedar expresado, otro mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual, lo hallamos en la revisión legal del contrato. (d) Su utilidad radica en mantener el equilibrio en las prestaciones durante el curso de ejecución del contrato.

Ejemplo de lo expuesto lo constituye la Ley de Seguros de Suiza de 2002, para el caso de incumplimiento culposo del deber de suministrar información relativa a circunstancias que conozca o que razonablemente debiera conocer el asegurado, pues el art. 7 de permite proponer la revisión del contrato. Lo propio acontece en materia de agravación del riesgo (art. 26).

1 Art. L. 132-1.

2 Art. 37, Ley 24.24 0.

10. CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO (CONT.). INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON LOS MENSAJES PUBLICITARIOS

Un modo de protección del polo vulnerable del contrato, se halla constituido por la obligación legal de integrar su contenido con los mensajes publicitarios concretos y objetivos, declarándose excluidas del contrato las cláusulas que las contraríen. Una aplicación de lo expuesto la hallamos en el art. 33 de la Ley de Seguros de Portugal.

11. NOCIÓN DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL SEGÚN LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Según los términos del art. 3 de la Directiva 93-13 de la U.E., el equilibrio de la relación contractual debe ser medido en consideración a los derechos y obligaciones de las partes. Es la comparación entre esos derechos y esas obligaciones lo que permite determinar si la relación contractual es o no equilibrada.

El parámetro del “justo equilibrio de las contraprestaciones” contribuye, pues, a la definición de la cláusula abusiva como la principal causante del desequilibrio contractual.

12. CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL EQUILIBRIO

Teniendo en cuenta el desequilibrio significativo como criterio de determinación del carácter abusivo de una cláusula, el Derecho Comunitario Europeo deja necesariamente entender que existe un “equilibrio ideal sobre la base del cual es posible considerar que el contrato presenta un desequilibrio imputable a la cláusula sospechada de ser abusiva” ya que, estableciéndose judicialmente que esta debe considerársela no convenida, se vuelve al equilibrio original.

13. CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DESEQUILIBRIO: LA VENTAJA EXCESIVA

Los países integrantes de la Unión Europea han incorporado a sus legislaciones nacionales el criterio expuesto en la Directiva 93-13.

Con motivo de dicha Directiva, los 27 países miembros se vieron obligados a adecuar sus legislaciones. A título de ejemplo, Francia se vio obligada a remplazar la frase: “ventaja excesiva” por “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones de las partes”. Si bien los términos cambiaron con la reforma de 1995, la realidad subsiste: el desequilibrio significativo procura al predisponente/profesional una ventaja excesiva en detrimento del adherente/consumidor.

14. EXISTENCIA DE UN DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO

El desequilibrio significativo debe ser apreciado cualquiera sea la importancia de la cláusula insertada en el contrato desde que existe en detrimento del consumidor.

El desequilibrio significativo debe ser considerado en función de la economía general del contrato, del equilibrio general de las prestaciones recíprocas y del principio de la libertad de las convenciones.

Es necesario no olvidar que el principio aplicable en el Derecho de los Contratos es el de la libertad y el de la fuerza obligatoria de las convenciones y que la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato concluido constituye una injerencia del juez en las relaciones contractuales, por tanto una excepción con relación al principio vinculante, el que establece que los contratos tienen fuerza de ley.

15. UN CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL DESEQUILIBRIO

El desequilibrio significativo relevante para la calificación de vejatoriedad es el normativo y no el económico: en suma es vejatoria la cláusula que comporta un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones y no entre bienes y servicios y sus correspondientes contraprestaciones económicas.

16. EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Exponer sobre el equilibrio contractual, necesariamente, nos conduce a la significación del contrato oneroso.

El contrato es a título oneroso cuando una de las partes ha recibido o recibe, una atribución patrimonial entendida como beneficio o ventaja, como contrapartida del sacrificio que ella procura a la otra o a un tercero.

Para que el contrato sea oneroso se hace menester que las atribuciones patrimoniales se hallen en relación de causalidad, de suerte tal, que el sacrificio de una parte tenga como contraprestación un beneficio en relación de equivalencia.

17. LA CLÁUSULA DEBE SER CONOCIDA

Debe integrar el contenido del contrato.

Si por el contrario, se incluye una cláusula de reenvío a otra incluida en un documento que no forma parte del texto contractual y es desconocida por el consumidor,

el conflicto se instala en la invalidez de la cláusula por falta de consentimiento, ya que solo es factible consentir sobre lo conocido, por lo que la falta de aceptación afecta la validez misma del vínculo.

18. CLÁUSULAS ABUSIVAS. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONTRATOS A LOS QUE SE APLICA

La modalidad de formación del contrato por adhesión, como lo constituye el seguro, favorece su existencia, ya que el profesional se aprovecha de esta técnica en que no se negocia individualmente, para introducir cláusulas que afirmen o consoliden su posición dominante en el contrato.

Que el contrato sea por adhesión es una característica pero no un defecto del contrato.

Lo que acontece es que a la producción en masa le sucede la comercialización en masa. O sea, la contratación en masa. Y el contrato por adhesión constituye su aplicación exclusiva y excluyente.

19. CLÁUSULAS ABUSIVAS (CONT.). DEFINICIONES

La definición de la U.E. contenida en la Directiva 93-13, establece: “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3).

El anexo contenido en la Directiva contiene un enunciado que comienza afirmando que son cláusulas abusivas: “aquellas que tenga por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato”.

20. CLÁUSULAS ABUSIVAS (CONT.). EXAMEN DE LA DEFINICIÓN

- a) Puede ser contenido de contratos discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público; de libre configuración interna o controlados por el Estado.
- b) Que no haya sido negociada individualmente.

El objeto del contrato y la correlación precio/servicio son temas factibles de ser negociados individualmente. Por lo tanto no pueden ser abusivas las cláusulas

referidas al objeto del contrato ni las que hagan referencia al precio y a la contraprestación.

- c) Que le haya sido presentada al consumidor ya redactada.
- d) Que el consumidor no haya participado ni influido en la redacción.
- e) Que provoque un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que deriven del contrato.
- f) Que el desequilibrio lo sea en perjuicio del consumidor.

21. ES INHERENTE A LA CLÁUSULA ABUSIVA LA MALA FE DEL PROFESIONAL

La cláusula que importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato presupone irrefragablemente mala fe del profesional.

Por lo demás, así surge de su propia definición ya que si “la cláusula abusiva es aquella que tiene por objeto provocar un desequilibrio significativo...”, habrá de tenerse en cuenta que la expresión “objeto” ha sido empleada como “fin del acto”, “móvil” o “intento al que se dirige o encamina una acción”.

Si ello es así, la cláusula abusiva siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente (provocar un desequilibrio significativo), presupone una acción intencional.

22. QUID DE LA MALA FE DEL PREDISPONTE

A mayor abundamiento, si el consumidor debiera probar que la cláusula es abusiva cuando importe una infracción a la buena fe, se hallaría en la imposibilidad de acreditar la mala fe del profesional, ya que el dolo, por tratarse de un elemento interno de la voluntad, impide que sea susceptible de pruebas directas.

23. DEFINICIONES (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: FRANCIA

Francia dispuso la transposición a su derecho nacional de la referida directiva a través de la Ley 95-96 del 1º de febrero de 1995 que pasó a integrar el capítulo II del Code de la Consommation, el que define en el art. 132-1 a la cláusula abusiva: “en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no

profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes”.

24. DEFINICIONES (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: ESPAÑA

En España el tema se halla regulado por el decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. en su art. 82 se establece: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”.

25. DEFINICIONES (CONT.), VISIÓN COMPARATISTA: ITALIA

En Italia, la definición fue incorporada en el art. 1469 bis del Código Civil bajo el título: “Cláusulas vejatorias en el contrato entre profesional y consumidor. En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios, se consideran vejatorias las cláusulas que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato”.

26. DEFINICIONES (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: PORTUGAL

En Portugal, la cuestión ha sido regulada por la Ley 24/96 del 31 de julio de 1996, “Ley de Defensa del Consumidor”, en cuyo artículo 9 y bajo el título de “Derecho a la protección de los intereses económicos”, se establece que “con vista en la prevención de los abusos resultantes de los contratos preelaborados, el productor de bienes o el prestador de servicios está obligado a no incluir cláusulas en los contratos singulares que originen un desequilibrio significativo en detrimento del consumidor”.

27. DEFINICIONES (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: BÉLGICA

En Bélgica, la cuestión se halla disciplinada por la ley del 14 de julio de 1991 sobre “Las prácticas de comercio y sobre la información y la protección de los consumidores”, a su vez, modificada por el art. 2 de la ley del 7 de diciembre de 1998. Lo relativo a las cláusulas abusivas ha sido regulado por el art. 31 en cuyo primer apartado se establece que “...se debe entender por cláusulas abusivas, toda cláusula o condición que, ella sola o combinada con otras cláusulas o condiciones, cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes” (art. 31).

28. DEFINICIONES (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: INGLATERRA

Inglaterra, sancionó la Ley 2083 que entró en vigor el 1º de abril de 1999. En el art. 5º define a las cláusulas abusivas como aquellas que no habiendo sido negociadas individualmente, por contrariar el principio de buena fe, causan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. Lo que significa que reprodujo literalmente la definición de la Directiva comunitaria.

29. CONCLUSIONES: LOS PUNTOS COMUNES Y EL DISEÑO EN LAS DEFINICIONES

Las seis definiciones contienen tres puntos en común: (a) por un lado, la cláusula abusiva requiere como carácter saliente que la misma provoque un desequilibrio significativo (importante o manifiesto) entre los derechos y las obligaciones que deriven del contrato, (b) que el mismo sea significativo, importante o manifiesto y (c) que lo sea en detrimento del adherente (consumidor).

Francia, Portugal y Bélgica no incluyen en la definición como recaudo caracterizante de la cláusula abusiva, que la misma infrinja el principio de buena fe, contrariamente a lo expresado en los textos español, italiano e inglés. Y salvo Francia e Inglaterra, ninguno de los restantes países incluye como exigencia que la cláusula no haya sido negociada individualmente. Y eso produce desconcierto.

30. EL PORQUÉ DEL DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

El desequilibrio en los contratos por adhesión se sustenta en el poder de negociación que concentra el profesional basado en su: (a) conocimiento técnico, (b) en la información de la que es portador y en la (c) posibilidad de predisponer el contenido contractual, lo que aprovecha para incluir cláusulas que consoliden su posición dominante en el contrato.

31. EL DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO, EL PODER DE NEGOCIACIÓN Y EL PODER ECONÓMICO

A los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar el “desequilibrio normativo y no el económico”.

Cualquiera sea el poder económico que porte una empresa productora de bienes o servicios, al tiempo de celebrar un contrato de seguro, deberá someterse al contenido contractual predispuesto por el asegurador. Recién, al tiempo en que se decida por ampliar, modificar o reducir el riesgo contratado a los fines de adecuarlo a sus necesidades, deberá negociarlo individualmente lo que, de alcanzarse un acuerdo,

se traducirá instrumentalmente en lo que se enuncia como condiciones particulares o anexos.

32. SISTEMATIZACIÓN DE CLÁUSULAS QUE TIENEN POR OBJETO PROVOCAR UN DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO

- a) Cláusulas por las que se amplíen los derechos del profesional como, por ejemplo, excluir o limitar los derechos del consumidor para el caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones asumidas por el proveedor (Anexo U.E., art. 1 inc. b); o la cláusula que lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato italiano³; o suspender su ejecución⁴;
- b) Cláusulas por las que se reserve el profesional el derecho de modificar algún elemento de la obligación como, por ejemplo, supeditar la ejecución de la prestación a una condición que depende únicamente de su voluntad (Anexo U.E., art. 1 inc. c);
- c) Cláusulas por las que se reduzcan o supriman las obligaciones comprometidas por el profesional como, por ejemplo, la que obliga al consumidor a cumplir sus obligaciones aun cuando el profesional no cumpla con las suyas (Anexo U.E., art. 1, inc. o);
- d) Cláusulas por las que se amplíen inequitativamente las cargas u obligaciones del consumidor como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifiquen las normas sobre prórroga de jurisdicción o la cláusula por la que se limiten los medios de prueba o la que consagre la inversión de la carga de la prueba (Anexo U.E., art. 1 inc. q; parág. 309 ap. 12, BGB);
- e) Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del consumidor como, por ejemplo, autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, sin notificación previa con antelación razonable (Anexo U.E., art. 1 inc. g); o la cláusula por la que se obstaculice el ejercicio de las acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (art. 1398, Cód. Civ. de Perú).

33. CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS

No revisten carácter de abusivas las cláusulas que importen:

- a) Ventajas y sacrificios análogos, como lo constituye que ambas partes se reserven

3 Art. 1341, Código Civil.

4 Art. 1398, Cód. Civ. de Perú.

el derecho de rescindir el contrato unilateral e incausadamente, pues la relación de equivalencia se halla preservada;

- b) Desequilibrio no significativo. El equilibrio contractual no importa una simetría a raja tabla entre ventajas y sacrificios. El desequilibrio que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que importe una desproporción manifiesta.
- c) Haber sido negociadas individualmente. Ello acontece cuando el asegurado/adherente le ha sido posible influir en el contenido de la cláusula.

34. FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO CLÁUSULA ABIERTA

La cláusula abierta tiene por función ser aplicada a todos los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas factibles de ser declaradas judicialmente nulas. Se las enuncia indistintamente como “aquellas contrarias a la buena fe, a la equidad, a la máxima reciprocidad de intereses, al principio conmutativo”, etc.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas o en el enunciado de cláusulas que, para ser declaradas nulas, requieren de una apreciación judicial previa.

Presupone que las listas de cláusulas nulas de pleno derecho o las anulables, son meramente indicativas.

35. CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Si bien es cierto que existen diversos sistemas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquel que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. El mencionado es el sistema vigente en el Código Civil alemán (parágrafos 307/309).

36. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVA DE UNA CLÁUSULA. LA NULIDAD PARCIAL

Pacíficamente la cuestión se decide por la nulidad de la cláusula abusiva y por la conservación del contrato, “si es que este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

Para decidir por la procedencia de la nulidad total o parcial, habrá que acudir a directivas de interpretación como la de (a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, (b) la de prevalencia del principio de conservación del acto y, su correlato, el de la incomunicabilidad de la nulidad y la (c) divisibilidad de la prestación.

37. APLICACIÓN DE LA NULIDAD PARCIAL

Cuando el negocio pueda subsistir –lógica y finalísticamente–, aún sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado.

38. FINAL

El principio general que debe dominar esta materia es que los contratos deben conservar el equilibrio inicial y mantenerlo en etapa funcional (ejecución) hasta su extinción. De ese modo, el contrato será un instrumento útil. La utilidad del contrato es una noción bilateral, ya que el contrato debe satisfacer intereses recíprocos. Si el contrato solo satisface los intereses de un polo de la relación nos hallamos en presencia de un contrato desequilibrado.

Por lo tanto habremos de enfrentar un contrato injusto.

Y si es injusto es un contrato inútil.

Y el contrato injusto e inútil no merece protección jurídica ya que social y económicamente es descalificable.

BIBLIOGRAFÍA

- MAZEAUD, DENIS (jun. 1995), "La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette", *Droit et Patrimoine*.
- BEAUCHARD, JEAN (1998), "Droit de la distribution et de la consommation", *Thémis*, París.
- PIZZIO, J. P. (1998), "Code la consommation", *Montchrestien*, París.
- POILLOT, ÉLISE (2007), "Droit Européen de la consommation du Droit des contrats", París.
- RAYMOND, GUY (1996), "Droit de la consommation", *Litec*, París.