

# El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por RUBÉN S. STIGLITZ<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

### 1.2 | Definición de “contratos por adhesión” y requisitos de las “cláusulas generales predispuestas”. Quid de las “cláusulas particulares”

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Proyecto introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo. Hasta su presentación, normativamente no existía una definición del contrato por adhesión. Obviamente, no se halla en el Código Civil ni en

(1) Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Premio “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires” en el año 1998, por decisión unánime del Jurado a la mejor obra jurídica publicada en el bienio 1997/1998 (“Derecho de Seguros”). Integrante del equipo de “Contratos. Parte general”, designado por la “Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la nación”. Autor de numerosos libros y artículos de doctrina —entre los que se encuentran publicaciones en revistas jurídicas nacionales y extranjeras, vinculadas con las temáticas propias del derecho privado—, ha desarrollado una relevante actividad académica tanto en el país como en el extranjero.

la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el art. 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. En el Proyecto, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los reproduciremos y añadiremos un breve comentario a cada disposición.

## 1.2 | Nociones generales. Caracteres

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquél en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.

Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual.

De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente.

La ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional y que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente.

## 1.3 | Caracteres (continuación). Unilateralidad y rigidez

Tal vez, la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido.

Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario. Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula. El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales se halla suprimido.

## 1.4 | Caracteres (continuación). Poder de negociación. Quid de la desigualdad económica

La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el “profesional” y que, generalmente (no siempre), coincide con la disparidad de fuerzas económicas.

La desigualdad económica no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. De allí que aparezca como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. Adherir a un contrato presupone que se carece de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del adherente/consumidor o usuario.

## 1.5 | Estado de vulnerabilidad del adherente. Consecuencias

La alternativa de que dispone el adherente consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita (vulnerabilidad) del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente en ocasión del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho o, en su defecto, contratar, en cuyo caso debe adherir en bloque al esquema (contenido) programado por el profesional.

Lo expresado de ninguna manera significa que un contrato por adhesión deja de serlo si el adherente tuvo la posibilidad de contratar con otro “que no le impusiera la reducción de responsabilidad”.

En primer lugar, porque no hace a la esencia del contrato por adhesión que el predisponente sea titular de un monopolio. En segundo lugar, porque esa línea de reflexión sustrae al adherente la escasa libertad de que dispone, la de contratar con quien quiere.

Lo hasta aquí expresado supone, como consecuencia, la existencia de un riesgo, que consiste en que, quien detenta el poder de negociación, aproveche tal condición para reafirmarlo a través de cláusulas que, integrando la configuración interna (contenido) del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional.

Contemporáneamente, acontece que la contratación pone de relieve, de más en más, el sentimiento de los particulares de su vulnerabilidad que hace que, en ocasiones, los empresarios se sirvan de las condiciones generales para desplazar ilegítimamente todo el riesgo sobre el adherente, "obteniendo resultados que nunca alcanzarían a través de una libre discusión con el cliente".

## 1.6 | Estado de vulnerabilidad del adherente (continuación). Consecuencias (continuación). El abuso en la predisposición contractual

Lo que queremos decir es que si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa. Ello significa que las técnicas contractuales predisuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes. En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato).

Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato.

Y su propósito debe conducir a restablecer (garantizar) la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa.

No se nos oculta que ni siquiera en los dominios de la contratación discrecional es posible aludir a una autodeterminación sin límites, entendida

aquella como el poder jurídico de que dispone cada parte para autorregular sus intereses según su voluntad. Esa inteligencia cede al tiempo que comprendamos que siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, donde constitutivamente participa otro, la resultancia, ineludiblemente, será una declaración de voluntad común, lo que presupone que cada quien porta una voluntad, simultáneamente auto y heterodeterminada. Ello significa que en la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero importa un sacrificio que el segundo lo estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos (situados predominantemente en etapa formativa del contrato y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas. Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno.

## 2 | Definición legal

### 2.1 | Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

“Artículo 984.- Definición. El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta categoría, el Proyecto alude a “contrato”, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición la existencia de dos partes: por un lado, el predisponente que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro

lado, la contraparte del predisponente es el adherente que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión se halla constituido por el hecho de que el adherente carece de poder de negociación a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de la cláusula. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

## 2.2 | Requisitos de los contratos por adhesión

El Proyecto enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predispuestas, a saber:

“Artículo 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tendrán por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares”.

Cabe indicar que el Proyecto hace prevalecer la importancia de la inteligibilidad y la completividad de la cláusula de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar que a la claridad debe unírsele la legibilidad para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en pequeños caracteres. Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por cláusulas potencialmente lesivas, concluimos en que sólo ellas deben ser redactadas en caracteres

notorios, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor. Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerables y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto de que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es la de tenerla por no escrita, lo que significa "no convenida" o, el de su inoponibilidad al adherente/consumidor. Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas de por sí por el adherente. Y llena este requisito el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.<sup>(2)</sup>

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto de que se declaran como no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el art. 80, inc. b), 2da parte del decreto ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.<sup>(3)</sup>

---

(2) VON TUHR A., "Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán", Desalma, Bs. As. 1947, vol. II-22, p. 93; SALANDRA V., "Il contratto di adesione", en *Revista di Diritto Commerciali*, n° 16, 1928-I, p. 527.

(3) "...En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos en que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor o usuario, en

## 2.3 | Cláusulas particulares

El Proyecto le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares no sólo por disciplinarlas en una disposición específica, sino porque el contenido de la misma no sólo constituye una definición sobre lo que son, sino, por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

“Artículo 986. Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar que, en la disposición precedente, se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el negociado individualmente. Creemos que la denominación es la más acertada porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación. En efecto, hoy prevalecen los contratos por adhesión y los contratos de consumo que, predominantemente, se forman por adhesión y, excepcionalmente, se negocian individualmente. La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general que constituye el resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al

.....  
cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán los términos de la misma...”



incluirlas consiste en suprimir o modificar la cláusula predispuesta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación.<sup>(4)</sup>

En efecto, en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón no sólo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que es tarea relevante del intérprete no perder de vista que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto; por ello, cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos.<sup>(5)</sup>

Constituye una aplicación de lo expuesto, el pronunciamiento en el que se decidió que "...en un contrato de prenda prevalece la cláusula

.....

(4) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 322; SANTOS BRIZ, J., *La Contratación Privada*, nº 19, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 227; STIGLITZ, R. S., "Reglas de interpretación de los contratos predispuestos", en *Revista jurídica La Ley*, 1987-D-1078; CÁM. NAC. CIV., Sala C, 24-XI-1976, "Ramírez de Critrelli c/ Lapetina, E.", en *Revista jurídica La Ley*, 1977-D-253; CÁM. NAC. CIV., Sala B, 29-IV-1980, "Solo Tapia de Rojas c/ Vinelli, J.", en *Revista jurídica La Ley*, 1981-C-659 (35-940-S); CÁM. NAC. CIV., Sala C, 28-II-1985, "Feldman, M. c/ Metropolitana SA", DJ, 1985-2-486.

(5) ROYO MARTÍNEZ, M., "Contratos de adhesión", en *ADC*, Madrid, 1949, t. II, p. 69; LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Sistemas de interpretación de los contratos*, nº 50, Chile, Universitarias de Valparaíso, 1971, p. 147. Las condiciones particulares revelan la verdadera voluntad de los contratantes, quienes necesariamente han entendido que al introducirlas al texto, lo hacían para hacerlas prevalecer sobre las condiciones generales.

mecanografiada —en el caso, dispuso la prórroga de jurisdicción— sobre otras que integran el formulario al que adhirió el ejecutado, porque la especificidad concedida por las partes a la primera de las cláusulas transcritas parcialmente condujo a dejar sin efecto la otra, genérica y preimpresa...”<sup>(6)</sup>

## 3 | Directivas de interpretación de los contratos por adhesión

### 3.1 | Las cláusulas ambiguas

A la ya expresada previamente, la de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas se añade la previsión contenida específicamente en el artículo 987: “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Es preciso hacer un comentario preliminar:

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas porta sus propias directivas de interpretación que el Proyecto las ha receptado y que se hallan incluidas en el art. 37, apartado 4 de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, en esta última se establece que “...cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa...”. Por nuestra parte, entendemos que la regla que transcribimos a continuación es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato predispuesto —la predisposición unilateral del contenido—, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

---

(6) CAM. NAC. COM., Sala D, “Randon Argentina SA c/ Etchart R.”, 13/2/2002, en *Revista Jurídica La Ley*, 2002-C-815; DJ: 2002-2-574.

De allí, la necesidad de que la directiva en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.<sup>(7)</sup>

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad.<sup>(8)</sup>

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura, sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos.<sup>(9)</sup>

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto puede traducirse en la necesidad de que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia.<sup>(10)</sup>

La regla *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.<sup>(11)</sup>

.....

(7) C.A.M. NAC. COM., Sala B, 15-IV-1993, "Odrizola, B. c/ Optar SA", JA, 1994-II-375.

(8) C.A.M. NAC. COM., Sala C, 18-10-1982, "Parodi, A. c/ Ruta Coop. de Seg.", JA, 1984-I-499; C.A.M. AP.L. CIV. y COM., Mercedes, Sala I, 19-III-1987, "García, C. c/ Chapartegui Hnos.", DJ, 987-2-276.

(9) C.A.M. NAC. COM., Sala E, 11-IV-1983, "García, A. c/ La Buenos Aires Cía. de Seg.", ED, 105-270; C.A.M. AP.L. MERCEDES, Sala I, 19-III-1987, "García, C. c/ Chapartegui Hnos.", DJ, 987-2-276; C.A.M. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575; DJ, 1992-2-697.

(10) DONISI, C., "Il tema d'interpretazione delle condizioni generali di polizza", *Assic.*, marzo-abril, 1979, año XLVI, fasc. 2, p. 52.

(11) C.A.M. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. M. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575 (38.235); DJ, 1992-2-697.

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario.<sup>(12)</sup>

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio.<sup>(13)</sup>

Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas.<sup>(14)</sup>

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente.<sup>(15)</sup>

.....

(12) DANZ, E., La interpretación de los negocios jurídicos, en *RDP*, Madrid, 1955, p. 55; STIGLITZ, R. S., "Declaración emitida sin seriedad en etapa de ejecución de contrato (Pro-nunciamento del asegurador acerca del derecho del asegurado)", en *Revista jurídica La Ley*, 1981-A-12.

(13) VON TUHR, A., "Teoría general del derecho civil alemán", Bs. As., Deplma, 1948, vol. II-2, p. 93; MUÑOZ, L., "Teoría general del contrato", n° 119, Cárdenas, México, 1973, p. 176, especialmente cuando señala que la exteriorización de la voluntad ha de hacerse en forma adecuada, o sea idónea, en relación sobre todo con el contenido del contrato de que se trata, de suerte que el lenguaje deberá expresar con claridad el pensamiento del autor de la declaración conforme al significado objetivo que tenga en la vida de relación.

(14) CÁM. NAC. CIV., Sala G, 24-XI-1983, "Gadea, J. c/ Coop. Familiar de Vivienda", JA, 1984-IV-330; CÁM. NAC. COM., Sala E, 4-III-1986, "Wattman SA c/ Exim SRL", JA, 1987-I-118.

(15) CÁM. NAC. CIV., Sala D, 18-VIII-1978, "González de Cueva c/ Acepa S.C.A.", en *Revista jurídica La Ley*, 1979-A-250; CÁM. NAC. COM., Sala C, 29-V-1981, "De Atucha c/ Terrabusi de Reyes de Roa E.", ED, 94-775; CÁM. NAC. CIV., Sala D, 2-IV-1981, "Pizzolo S. A. c/ Somogy M.", ED, 93-495; CÁM. NAC. COM., Sala B, 25-XI-1991, "Albert, A. M. c/ La Austral Cía. de Seg.", en *Revista jurídica La Ley*, 1992-E-575 (38.235-S). En la dirección indicada, se tiene expresado que el empleo de contratos tipo, redactados por el empresario e impuestos a la contraparte, exige una cuidadosa redacción, de clara comprensión para el hombre corriente de negocios, que no puede ser sorprendido en la ejecución, por aplicaciones resultantes de complejas interpretaciones que no resultan de una secuencia natural de las cláusulas insertas en el contrato (CÁM. NAC. COM., Sala B, 19-III-1965, "Sigal, A. c/ Establecimientos Industriales", ED, 70-142; CÁM. NAC. CIV., Sala C, 8-VI-1976, "Salgayi, A. c/ Defilippo S.C.A.", en *Revista jurídica La Ley*, 1977-A-169; CÁM. NAC. CIV., Sala D, 17-X-1979, "Torre c/ Kanmar S.A.", ED, 85-703; CÁM. NAC. CIV., Sala G, 22-X-1981, "Durán, R. c/ Amsa S.A.", ED, 96-687; CÁM. NAC. COM., Sala E, 11-IV-1983, "García, A. c/ La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros", ED, 105-271; CÁM. NAC. CIV., Sala G, 24-XI-1983, "Gadea, J. c/ Cooperativa Familiar de la Vivienda", ED, 107-685).

.....

Ocurre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato,<sup>(16)</sup> obtiene una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente. Esto implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad.<sup>(17)</sup>

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que "...aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio..."<sup>(18)</sup>

Constituye excepción a la directiva precedentemente expuesta, la doctrina que emana del fallo donde se decidió que "...tratándose de un negocio entre empresarios, no rige el criterio de interpretar contra el predisponente las cláusulas impresas..."<sup>(19)</sup>

Sobre la cuestión, no nos pasa inadvertido que existe un conflicto entre la norma jurídica y la realidad: (a) por una parte, el empresario que adhiere normalmente es consumidor ya que, normativamente, puede serlo una

(16) CASSOTTANA, M., "Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto", en Massimo Bianca, *Le Condizioni di Contratto*, Giuffrè, Milano, 1979, t. I, pp. 126 y ss.

(17) BETTI, E., "Teoría general del negocio jurídico", en RDP, n° 45, Madrid, 1959, p. 266, para quien la directiva impone un criterio de autorresponsabilidad fundado en el deber de hablar en forma abierta e inequívoca que recae en quien asume la iniciativa de una declaración contractual. Ver CÁN. NAC. COM., Sala B, 22-VII-1970, "Fyma c/ Columbia S.A.", ED, 39-7776, donde con relación al contrato de seguro se señala que, si alguna duda plantea la póliza, corresponde estar por la obligación del asegurador, ya que éste redactó el contrato y estuvo, además, en condiciones de señalar con precisión el límite de sus obligaciones.

(18) CÁN. NAC. COM., Sala D, 19-X-1987, "Banco Liniers SA c/ Chirón, J.", JA, 1989-I-665; CÁN. NAC. CIV., Sala G, 22-X-1981, "Durán R. c/ A.M.S.A.", JA, 1983-I-242; CÁN. NAC. CIV. y COM. FED., Sala 3, 15-V-1987, "Sucesión de Natale c/ Caja Nac. de Ahorro y Seguro", JA, 1988-II-123; CÁN. NAC. COM., Sala C, 28-V-1985, "Diner's Club Argentina c/ Guido Finkelberg", JA, 1985-III-533; CÁN. 2ª Civ. y COM., Córdoba, 2-VI-1987, "Zabala, J.", JA, 1987-IV-688; CÁN. CIV. y COM. JUNÍN, 26-X-1988, "Zabaleta, D. c/ Pantepriño de Ragozzini, N.", JA, 1989-I-51.

(19) CÁN. NAC. COM., Sala B, 176/2001, "Ingral S.A. c/ Sintelar S.A.", JA, 2002-II- síntesis.

persona jurídica (art. 1 ley 24.240, modificado por ley 26.361) en cuyo caso el contrato que celebre se halla sometido a las directivas de interpretación que surgen de los arts. 3-2 y 37, especialmente este último si llegan a existir dudas sobre los alcances de la obligación; (b) por otra parte, al empresario, aunque sea adherente, no le es inherente la condición de profano o débil jurídico que requiera de protección.

De allí que el referido fallo, si bien halla su fundamento en la ley, parece una exorbitancia proteger al empresario/adherente en consideración a su vulnerabilidad.

Por lo demás, cabe apuntar que la disposición proyectada no formula distinción alguna, lo que significa que es aplicable a todos los contratos por adhesión. Como quiera que sea, el Proyecto da por finalizada toda disputa al introducir la directiva de interpretación a la que nos estamos refiriendo sin formular distingo alguno entre contratos por adhesión celebrados entre una persona física o entre personas jurídicas o entre unas y otras. Esto significa que la regla *contra proferentem* es aplicable a todos los casos.

## 4 | Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Cláusulas abiertas

### 4.1 | El texto legal

Cabe reconocer que el Proyecto intenta y logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo con la que, en ocasiones, se identifica y que no es otro que cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predisuestas. Veremos a continuación cómo en una misma norma se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incs. a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas, que no son otras que las cláusulas sorprendivas.

“Artículo 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b) las que

importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles”.

En primer lugar, la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el Proyecto al Título III, que regula los contratos de consumo, concretamente al art. 1119 que establece lo que sigue: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo. En tercer lugar, cabe señalar que el art. 988 del Proyecto al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el Proyecto opta por reproducir el texto del art. 37, incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor. Ello significa que el Proyecto a través de la disposición examinada ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquél que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial. Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial conforma una cuestión de política legislativa. En la actualidad, predomina el hecho de que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del consumidor o de leyes especiales, tendencia a la que se sumó el Anteproyecto.

La cláusula abierta o cláusula general se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas —negras o grises— sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el sistema implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código Civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

## 4.2 | Cláusulas abiertas en el Proyecto

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el art. 988 del Proyecto, cabe computarlas como una mejora ostensible al texto del art. 37, incs. a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual ya que aludir a las "...cláusulas que desnaturalizan las obligaciones..." y a las "...cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponente o se restrinjan las del consumidor..." parecieran expresar lo mismo, ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponente o suprimiendo sus obligaciones, o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.



Tal como se halla redactado el Proyecto (art. 988, inc. a), se reproduce parcialmente lo que dispone el art. 37, inc. a) de la Ley 24.240 ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquéllas que "...desnaturalicen las obligaciones del predisponente...". Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a "...las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones..." sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Proyecto, con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquéllas "...que desnaturalicen las obligaciones del predisponente...".

Como quiera que sea, "...las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones..." son aquéllas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El art. 988, inc. b) del Proyecto establece que constituyen cláusulas abusivas: "...b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias...". Una vez más, el Proyecto ha mejorado significativamente el texto del art. 37, inc. b), tomando como fuente la previsión contenida en el art. 968, inciso d) del Anteproyecto de 1998.

La situación de desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente refiere a tres situaciones hipotéticas:

- a. Cuando se amplían los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor.
- b. Cuando se modifica, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor/profesional.
- c. Cuando se amplían las obligaciones del consumidor o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso

presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del desequilibrio significativo.<sup>(20)</sup>

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/ proveedor o restrinjan los derechos del adherente/consumidor que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas, que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones, podría ser la que ensayamos a continuación:

- a. Cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como por ejemplo, la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 33, inc. 2, letra g, "Codice del consumo" de Italia); o suspender su ejecución (art. 1398, Cód. Civ. de Perú); o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132-1, decreto 2009-302, Francia); o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.
- b. Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato (inc. k, Anexo, Direc. 93-13- C.E.E.; art. 132-1, inc. 3, decreto 2009-302, Francia).
- c. Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente como, por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37, inc. a), ley 24.240; art. 132-1, inc. 6, decreto 2009-302, Francia) en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33, inc., 2 ap. 1, "Codice del consumo", Italia).
- d. Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente, como por ejemplo, la cláusula por la que se modifiquen las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 85, inc. 2, decreto ley 1/2007, España), o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37 Ley de Defensa del Consumidor 24.240; art. 88, inc. 2, decreto ley 1/2007, España).
- e. Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente, como por ejemplo, la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones

---

(20) ROMAGNOLI G., *Clausole vessatorie e contratto d'impresa*, Cedam, Roma, 1977.

(art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 1398, Cód. Civ. de Perú), o la cláusula por la que se suprima u obstaculice "...el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante..." (anexo sobre cláusulas abusivas correspondiente a la Directiva 93/13 de la C.E.E.; art. 132-1, inc. 12, decreto 2009-302, Francia).

### 4.3 | Cláusulas sorprendidas. El texto en el Proyecto: noción

En cuarto lugar, el último párrafo del art. 988 del Proyecto, el identificado con la letra c), constituye una novedad en nuestra legislación, pues hace referencia a las cláusulas sorprendidas al aludir, en la disposición, al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Dice así: "... c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles..." .

Sobre el particular, cabe señalar que las cláusulas sorprendidas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas.

De allí que su examen requiera, con carácter previo, consideraciones generales y el ensayo de una noción. Las cláusulas sorprendidas participan del género de las cláusulas abusivas. Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato.<sup>(21)</sup>

(21) La reforma al Código Civil alemán (BGB) que entró en vigencia el 1 de enero del 2002 establece en su párrafo 305 c: "No se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas" (parág. 3). En España, en el año 1984 se elaboró en la Comisión General de Codificación, el "Anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación". Aunque referida la disposición (art. 5º) sólo a las relaciones entre comerciantes o empresarios, se estableció que: "...no se considerarán incluidas en los contratos (...) aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia..." .

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.<sup>(22)</sup>

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imaginaba que integrarían el contenido del contrato.

Avanzando en esta línea, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva, el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se contaba razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de "cláusulas sorprendentes". A lo sumo, podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

En consecuencia, a partir de lo hasta aquí expuesto, podemos sistematizar el criterio para considerar sorpresiva una cláusula predispuesta:

- a. En primer lugar, se debe realizar un análisis total del *iter negocial* desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas (representación mental) normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al "campo" contractual.<sup>(23)</sup>

---

(22) GARCÍA AMIGO, M., "Ley alemana occidental sobre condiciones generales", en *RD*, Madrid, mayo 1978, pp. 384 y ss.

(23) En ese análisis, adquiere una especial relevancia el principio de onerosidad. Debe considerarse ineludiblemente la relación ventajas-sacrificios, pues las cláusulas "sorprendentes" tienden a menoscabar el principio de la máxima reciprocidad. De allí que también sean abusivas.

- b. La cláusula sorpresiva es aquella que contradice (se halla en contraste) de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.<sup>(24)</sup>

En Alemania, por ejemplo, a instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.<sup>(25)</sup>

La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (CPA, Consumer Protection Act de 1979) otorgaba protección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto de las cláusulas "inesperadas" se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (art. 864 a Cód. Civ.).<sup>(26)</sup>

## 4.4 | Caracteres y control sobre las cláusulas sorpresivas

Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona contra esta categoría de cláusulas es porque constituyen un plus por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. En efecto, estas últimas se caracterizan por desnaturalizar el vínculo contractual con daño al consumidor y que no siempre, pero de ordinario, aparecen en los textos contractuales. En cambio, las cláusulas sorpresivas, además de lo expuesto, son inusuales, insólitas. Debutan, se inauguran en la hipótesis concreta, aun cuando se

(24) Se las define como aquellas que "...se hallan en contraste con las expectativas legítimas y razonables del cliente fundadas en los acuerdos individuales, por lo que no tiene por qué contar con que lo sean de otro modo, atípico o insólito..." (Ver PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 456, 462 y 463).

(25) ULMER, P., "Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas", en *ADC*, III, Madrid, 1988, t. XLI, p. 765.

(26) En Austria, la C.P.A. ha sido incorporada al Código Civil.

demuestren precedentes en textos contractuales que instrumentan otros tipos contractuales.

Las cláusulas sorprendidas no forman parte de las reglas de autonomía propias del contrato en cuestión. No se cuenta con ellas. Aparecen subrepticamente. Se trata de cláusulas que ingresan clandestinamente. Su inclusión en el contrato, justamente, presupone que el predisponente cuenta con que el adherente no las espera, por lo que su expectativa consiste en tomarlo desprevenido. Es una cláusula que exhibe una desmesurada deslealtad.

Si ello es así, la cláusula sorprendente contiene una alta dosis de inmoralidad, más allá de que, por abusiva, alcance categoría de regla, formal o materialmente ilícita.

De allí que el ordenamiento jurídico reaccione en su contra, de la misma manera que lo hace con las cláusulas abusivas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato.

Para contrarrestar este efecto, se ha intentado, doctrinariamente, ir más allá, por ejemplo, de las formas seudolegitimantes del art. 1341 Código Civil italiano. Ya no basta, para que alcancen eficacia, con la firma específica de cada cláusula leonina. Ahora se afirma que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto, luego hacerlas suscribir y, finalmente, tenerlas por incorporadas por la circunstancia (siempre y cuando) de que el cliente haya tenido razonable noticia de las mismas.<sup>(27)</sup>

La solución propuesta no difiere, básicamente, de la concepción legitimadora que procede del art. 1341 del Código Civil italiano. El abuso contractual en el marco de los contratos por adhesión no es factible legitimarlo con la adopción de formas solemnes (la firma de la cláusula), ni con ficciones de conocimiento, ni con presunciones de consentimiento. Lo real es que no existen fórmulas que excluyan el control judicial (de legitimidad o equidad) sobre las cláusulas abusivas en cualquiera de sus variantes.

La solución propiciada, por ejemplo, por el art. 1341 del Código Civil italiano del que, en su momento, se hizo eco el art. 969 del Proyecto del 98,

---

(27) ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 251 y ss.

ha sido, afortunadamente, dejada de lado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, ya que se consideró que no era factible legitimar una cláusula abusiva por ningún medio, ni aparentando una negociación individual, ni simulando una aprobación por parte del adherente/consumidor, tan fácil de lograr en una categoría contractual donde aparece nítidamente conformada la desigualdad en el poder de negociación. En efecto, el art. 1118 del Proyecto establece que "...las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor...". En esta última disposición, se advierte el rigor protectorio del sistema consagrado en el Proyecto. Por lo demás, el artículo anterior, el 1117, establece que el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo se aplica a los contratos por adhesión, por lo que el sistema protectorio se lo ha extendido a todos los supuestos imaginables.

---