

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**

**CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES DE
ADHESIÓN**

LICENCIADA IRMA YOLANDA ALDANA DE PAZ

CHIQUMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**

**CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES DE
ADHESIÓN**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho Constitucional, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LICENCIADA IRMA YOLANDA ALDANA DE PAZ

CHIQUIMULA, GUATEMALA, OCTUBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**



RECTOR

M.Sc. Ing. MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de Profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de Profesores	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representante de Graduados:	Inga. Evelin Dee Dee Sumalé Arenas
Representantes de Estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Aceituno
Representantes de Estudiantes:	P.C. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Gabriela Patria Portillo Lemus
Secretario:	M.Sc. Francisco Javier Masters Cerritos
Vocal:	M.Sc. Lester Maximiliano Sosa Sancé

Asesor de Tesis: Ph.D. Aníbal González Dubón

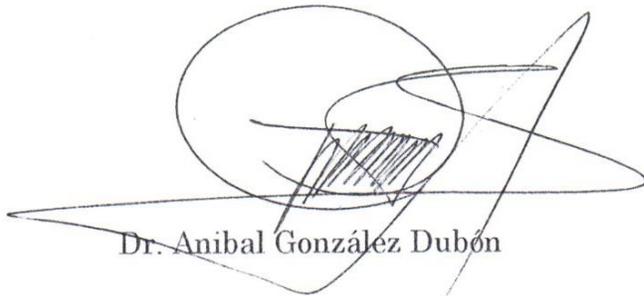
Guatemala, 24 de junio del año 2019

Ing. Msc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente -CUNORI-
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Ing. Msc. Díaz Moscoso:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Licenciada **IRMA YOLANDA ALDANA**, titulada **"CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES DE ADHESIÓN"**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado del Departamento de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS
DEPG- 38-2019

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, trescientos cuatro y trescientos cinco, donde se encuentra el Acta EPT veinte guion dos mil diecinueve (ACTA EPT-20-2019), que copiada literalmente dice:-----

“Acta EPT-20-2019: En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctora en Derecho Gabriela Patricia Portillo Lémus (Presidenta), Maestro en Ciencias Francisco Javier Masters Cerritos (Secretario) y Maestro en Ciencias Lester Maximiliano Sosa Sancé (Vocal), el día viernes siete (07) de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las quince horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS**, de la **Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria Irma Yolanda Aldana De Paz (Postulante)**, inscrita con Registro Académico con carné **No. 201390359**, en la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Maestra en Ciencias en Derecho Mercantil y Competitividad** del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.-----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis **“CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES DE ADHESIÓN”**.

Elaborado por la postulante, Licenciada Irma Yolanda Aldana De Paz.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO POR UNANIMIDAD** de votos, por los miembros del Jurado Examinador. -----

CUARTO: El secretario dio lectura a la presente acta de examen privado de tesis. No habiendo más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha, siendo las dieciséis horas con treinta minutos. Damos fe”. Firmaron el acta Doctora Gabriela Patricia Portillo Lémus, Maestro en Ciencias Francisco Javier Masters Cerritos, Maestro en Ciencias Lester Maximiliano Sosa Sancé y Licenciada Irma Yolanda Aldana De Paz.

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmando la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, diez de octubre de dos mil diecinueve.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



D-TG-MADMyC-150/2019

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Trabajo de Graduación que efectuó la maestrante **IRMA YOLANDA ALDANA DE PAZ** titulado “**CLÁUSULAS LEONINAS E LOS CONTRATOS MERCANTILES DE ADHESIÓN**”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados, de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Trabajo de Graduación** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRA EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a catorce de octubre de dos mil diecinueve

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”




Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI - USAC

c.c. Archivo

EFCC/ars

ACTO QUE DEDICO

- A Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo por su infinito amor, equilibrio infinito y universal que da sentido a nuestra existencia, por darme sabiduría, entendimiento, fortaleza, y por ser quien ha guiado y sustentado en cada paso que doy incluyendo este triunfo.
- A mi esposo **JORGE ARMANDO LOPEZ Y LOPEZ**, por su amor y apoyo incondicional, quien con sacrificios y esfuerzos ha sido un pilar fundamental para cada etapa de mi vida.
- A mis amados hijos **JORGE ARMANDO, JAVIER ANDRES, JOAQUIN AARON, y JAIR ADRIAN**, motivación para seguir triunfando, y **MIREYA VICTORIA** (†) que como un angelito me cuida desde el cielo.
- A mi madre **SOFIA ESTELA DE PAZ ARTEAGA**, por su amor y apoyo inquebrantable, su ejemplo de trabajo y constancia, por sus oraciones y consejos.
- A mis abuelitos **PEDRO JOSÉ DE PAZ GALDAMEZ, MARIA ISABEL DE PAZ ARTEAGA** (†) y **MARGARITA DIAZ CERNA**. (†) por su amor incondicional.

A mis hermanos

**MISAEAL, NIDIA JUDITH, MILVIA LISETH,
ESTELA MARGARITA y JULIO
HUMBERTO** apellidos **ALDANA DE PAZ**,
por su apoyo y cariño.

3.1.4.4 La consideración de los términos como integrantes de un contexto único y más general	62
3.1.4.5 Principio de conservación del contrato	63
3.1.4.6 Atender al significado que más convenga a la naturaleza del contrato	64
3.1.4.7 El análisis de la conducta de las partes	65
3.1.4.8 La presunción de que los actos comerciales no son gratuitos	67
3.1.4.9 La consideración de los usos y costumbres mercantiles imperantes	67
3.1.4.10 El principio <i>favor debitoris</i>	68
Capítulo IV: Las cláusulas leoninas en los contratos mercantiles	70
4.1. El ejercicio abusivo del derecho	70
4.2. El principio de la buena fe	71
4.3. Cláusulas económicamente abusivas	72
4.3.1 Características esenciales de las cláusulas abusivas	73
4.4. Contrato con cláusulas predispuestas	75
4.5. Contrato de adhesión (o por adhesión)	79
4.5.1 Condiciones generales y contratos por adhesión	82
4.5.2 Criterio restringido	84

4.5.3 Problemas que plantea el contrato por adhesión	85
4.6. Interpretación de los contratos mercantiles en el tráfico en masa y las Cláusulas leoninas abusivas	87
4.6.1 El problema de las cláusulas leoninas en los contratos mercantiles en masa	87
4.6.2 Las cláusulas leoninas en los contratos mercantiles en masa	90
4.6.3 Diversos casos de cláusulas abusivas o leoninas	92
4.6.4 Cláusulas que permiten modificar la prestación que naturalmente están a cargo del empresario	93
4.6.5 El principio de razonabilidad en el cumplimiento de la prestación	94
4.6.6 Las cláusulas sobre el precio	94
4.6.7 Cláusulas que restringen la libertad de contratar con terceros	98
4.6.8 Cláusulas que permiten alterar unilateralmente el contenido del contrato	98
4.6.9 cláusulas que otorgan la facultad de resolver discrecionalmente el contrato	99
4.6.10 Cláusulas de inenajenabilidad	100
4.6.11 Las cláusulas de exclusividad	100
4.6.12 Las cláusulas de prórroga automática del contrato	100
4.6.13 Las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad a la	

empresa	101
4.6.14 Las cláusulas que obligan a la prórroga de jurisdicción	103
4.6.15 Otras causales de nulidad de cláusulas predispuestas	104
4.6.16 Reglas de interpretación de los contratos y de las cláusulas abusivas	105
4.6.17 Reglas sobre interpretación de los contratos. El principio básico en los contratos negociados	105
4.6.18 Las características de la interpretación de contratos con cláusulas predispuestas. La interpretación de las condiciones generales	106
4.6.19 La buena fe como principio rector	110
Conclusión	112
Bibliografía	116

INTRODUCCIÓN

Es una práctica común en la contratación mercantil en masa, que los denominados *contratos de adhesión* sean utilizados para la prestación de servicios o venta de mercaderías en grandes volúmenes para grandes grupos de consumidores o de grandes mercados relevantes.

Ello es así porque la agilidad y dinamismo del comercio no puede contratar de persona a persona en contratos negociados, pues esto haría imposible la colocación de forma rápida, de los millones de productos y servicios que circulan diariamente en los mercados.

La modalidad de los contratos mercantiles por adhesión sin embargo, importa un problema también frecuente, que se concreta en las denominadas *cláusulas abusivas* o *cláusulas leoninas*, que son aquellas cláusulas que tienden a disminuir significativamente o a lesionar seriamente los derechos de la parte que no ha tenido la oportunidad de participar en su redacción, favoreciendo naturalmente a la parte predisponente; o bien a imponer cargas a la parte que se adhiere, sin imponerlas también a la parte que ocupa un lugar dominante en la relación jurídica mercantil que se crea con el contrato.

La cuestión relativa a la posibilidad de abuso e injusticia por parte de quien establece las condiciones contractuales, significa para el legislador el decidir varios caminos. Uno de ellos es el legislativo, mediante la reglamentación para ciertos

contratos específicos. Los otros medios se refieren a la aplicación judicial o administrativa de ciertas reglas de justicia y equidad.

En este sentido, existe un principio que ha sido recogido en las reglas de algunos ordenamientos jurídicos; el cual se contiene en los principios UNIDROIT, que señala: *Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.*

Otra situación es la regulada en algunas leyes de protección al consumidor, que en términos generales dispone que *no son válidas* y se tienen por no puestas determinadas cláusulas que se consideran *abusivas*.

Uno de los objetivos principales de la investigación realizada fue el establecer los métodos o las formas, especialmente interpretativas, para proteger los derechos de los consumidores que se ven obligados a aceptar las condiciones impuestas por la parte oferente del bien o servicio, ante la imposibilidad de manifestar libremente su voluntad al contratar.

El problema a investigar se planteó de la manera siguiente: a) ¿Cómo se manifiestan las cláusulas leoninas en los contratos mercantiles?; b) ¿Se pueden evitar las cláusulas leoninas en los contratos mercantiles?

La hipótesis se formuló de la forma siguiente: a) Las cláusulas leoninas que figuran en los contratos mercantiles se manifiestan vulnerando la autonomía de la voluntad de los contratantes; b) Se pueden evitar las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles, a través de disposiciones legales que regulen su prohibición y sanción.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se desarrolla la Teoría General de la Contratación Mercantil, a efectos de examinar, respecto del problema investigado, los aspectos generales y los aspectos específicos de los contratos mercantiles que pueden ser observados *mutatis mutandis* en los contratos de adhesión; en el segundo, se trata el problema de la contratación mercantil, a efectos de definir la ubicación de los contratos de adhesión y la forma en que funcionan y se perfeccionan en la práctica del comercio; en el tercero se trata el tema de la interpretación de los contratos mercantiles, para definir los principios y directrices que deben observarse además de la regulación jurídica observable, especialmente en los contratos de adhesión, en el cuarto se desarrolla el tópico de las cláusulas abusivas o cláusulas leoninas en los contratos mercantiles, y la forma de afectación de los derechos y obligaciones de las partes, para, por último, tratar de arribar a una conclusión objetiva respecto de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

1.1. LA TEORÍA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

1.1.1 EL CONTRATO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS

Las personas se interrelacionan en la sociedad de diversas formas. “En lo que atañe a los contratos, éstos suponen dos o más sujetos de Derecho, que en realidad son personas físicas, transformados por el Derecho en entes y personas colectivas que también el Derecho necesita para justificar la afectación de partes de su patrimonio a un emprendimiento común”¹.

Respecto de las primeras, es obvio que presentan diferencias desde distintos aspectos, muy especialmente desde el poder (consecuencia de elementos socio-económicos estructurales existentes), que imposibilitan establecer su igualdad y su libertad como situaciones reales. De allí que el Derecho para superar este inconveniente decide que la igualdad y la libertad, constituyen un marco abstracto referencial para todos los sujetos de Derecho.

A partir de esta abstracción, se presentan dos opciones: aceptarla y construir un Derecho de contratos también abstracto, o criticarlo y ambicionar un Derecho real, equitativo y justo, que implique ver al contrato como una herramienta que consolida la paz social y el progreso individual de los individuos y de la comunidad.

¹ Wieland, Karl. DERECHO MERCANTIL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1995. Pp. 24.

Es por eso, que el Derecho debe, necesariamente, relacionarse con otras ciencias. Sartre manifestaba que “el *fenómeno* es lo que se manifiesta y la ontología será la *descripción del fenómeno*. Sin embargo, ese fenómeno es el *no fenómeno*, pues en realidad es el conjunto de observaciones o sensibilidades de aquél, pero en manera alguna aparece ante nuestros sentidos el fundamento *trasfenómico*, el *ser del fenómeno*”².

En el análisis abstracto del Derecho pasa algo similar: “la ontología jurídica muestra la superficie del Derecho, pero, como decía Husserl, *hay que ir más allá del fenómeno, hay que llegar a su esencia*, o como en otro sentido señalaba Heideger, *la realidad humana siempre trasciende al fenómeno*”³.

Foucault precisa que “el constructivismo jurídico presenta la verdad, pero nunca la historia interna de la verdad; la construcción histórica de la verdad oculta la historia de las ideas, los tiempos y los contextos (*la verdad y las formas jurídicas*)”⁴.

Entonces, presentar al Derecho en la estructura sistemática del contexto y analizarlo desde una base epistemológica que comprende niveles superpuestos, permite inscribir al Derecho y a su enseñanza en un dispositivo teórico y pragmático

² Sartre, Jean Paul. Citado por: Scognamiglio, Renato. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1991. Pp. 142.

³ *Ibidem*. Pp. 147.

⁴ Foucault, Michel. LA ARQUEOLOGÍA DEL SABER. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires. 2004. Pp. 38.

de conceptos esenciales que Althusser denominó “*índices de eficacia*”⁵, es decir, representar al Derecho como un fenómeno de la sociedad y hacerlo desde espacios de saber distintos, como referentes reflexivos.

En suma, comprender que el Derecho está dentro y no fuera del fenómeno social y que como tal, no sólo es complejo, sino contradictorio, es esencial para entender la función contractual. La otra, es evitar que la dogmática de la abstracción de esta posmodernidad, lo presente o pretenda mostrarlo –como dice Habermas– de espaldas al hombre, como erudita ilustración, que podríamos compararlo con la *magistra vitae* de la historia narrativa de Kosselleck.

1.1.2 EL CONTRATO COMO FENÓMENO SOCIAL

La razón por la cual se analiza el Derecho exclusivamente a través de la normativa, es una lógica que evita explicar el origen como situación de la historiografía, sus términos como hijos de la lingüística y el discurso, al poder emanado de la norma como producto de la ideología o economía o economicidad de su eficacia, etc., e incluso omite explicitar el conflicto social, al cual previene o aplica su solución.

La noción de condicionantes estructurales y sistemáticos es de suma trascendencia, pues son las propiedades esenciales de cualquier hecho social. “El

⁵ Althusser, Louis. EL CAPITAL. Editores Siglo XXI. Buenos Aires. 1978. Pp. 117.

Derecho como expresión de poder (en la medida en que previene y soluciona el conflicto) implica la manifestación de roles en la comunidad organizada y esto es, nada menos pero nada más, que un hecho social”⁶.

Definir la frontera de una ciencia, es limitar la investigación, es no permitir la consustanciación o entrecruzamiento de los saberes. Lo social es un todo inescindible, pues apunta a la humanidad en comunidad, aun parcializada en Estados o globalizada en un mundo, y esto último a estos efectos es sólo circunstancial, aunque determinante en muchos otros aspectos.

Lo social es la conjunción de las distintas disciplinas; son más bien los distintos aspectos de un hombre y su otro, que se encuentran adentro de la estructura y del sistema. Presentar al Derecho como un aspecto de lo social, es establecer la estrecha conexión del hombre en su rol jurídico y su contexto, es comprometerlo con el otro solidariamente y no aislarlo como expresión máxima de su derecho individual, como se pretende en esta posmodernidad.

“Es por ello que se debe presentar a todas esas disciplinas como las ciencias de la sociedad, como afirmaba Hicks, para permitir estudiar científicamente al hecho

⁶ Jaramillo J., Carlos Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS. Editorial Temis. Bogotá. 1980. Pp. 59.

social como conducta humana de roles. Son zonas analíticas del conocimiento humano, pero finalmente es un todo inescindible, es la sociedad misma”⁷.

Así, se ve que la caracterización que se pretende apunta a penetrar en las formas y desordenar el conocimiento, para recobrar la capacidad de analizar las condiciones necesarias y suficientes, la dimensión trasfenoménica de los sujetos (Sartre) o lo que está debajo de la superficie (Foucault) o el posicionamiento de él o de los sujetos frente al Derecho, que pretendemos mostrarlo como herramienta en sí mismo, abstracto e inalcanzable.

La igualdad y la libertad no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las prácticas cotidianas del Derecho. “En un sistema económico que todo lo comercializa, el trabajo no es parte de un estatuto, es una condición necesaria de supervivencia: entonces, el jurista no puede explicar el plexo normativo, debe denunciar su inaplicabilidad social y ello es porque el derecho es un hecho social y no una abstracción de intelectuales en una facultad”⁸.

1.1.3 EL DERECHO, EL CONTRATO Y EL CONTEXTO

Contexto es “*aquel entorno lingüístico del cual depende el sentido y valor de una palabra, frase o fragmento considerado...* (político, histórico, cultural o de

⁷ Foucault, Michel. Op Cit. Pp. 47.

⁸ Cervantes, Raúl. DERECHO MERCANTIL. VI tomo; 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1985. Pp. 69.

cualquier otra índole) en el cual se considera un hecho”⁹. Por ejemplo, la palabra igualdad, que está en todos los textos constitucionales y códigos del mundo, en la dogmática posmoderna es la exaltación de la posibilidad de concurrencia en un mercado, donde el Estado no debe intervenir para no interferir y lograr así la distribución perfecta.

Igualdad es, o pareciera ser, declamar que el Derecho desde la norma no hace distinciones ni diferencias; es, tal vez, la clonación más antigua del universo. También, se dice, que es someterse al rigor de la ley, hacernos asumir la vida en disciplina o pretender ser semejante al otro.

Como decía Althusser, “el dogmático abstrae el concepto y lo eleva, lo jerarquiza, lo atribuye a cada individuo, sin coeficiente de adversidad como insertando esa igualdad en un determinismo sin límites”¹⁰. ¿Pero puede construirse la igualdad desde una norma? Ello es imposible; no podemos negar que existe la raza, la herencia, las circunstancias individuales y sociales, la historiografía, los discursos.

“Heidegger, al referirse a estas circunstancias, los mencionaba como los existentes brutos, que pueden limitar nuestra igualdad, pues ella está inmersa en

⁹ Broseta Pont, Manual. MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 103.

¹⁰ Althusser, Louis. Pp. 129.

un marco donde aparecen realidades y relatividades sociales. Allí está la diferencia: la abstracción es la lógica del concepto y la atribución individualista del Derecho como fin”¹¹. El Derecho debe verse como una herramienta dada en un contexto, para presentarlo como resultado de condicionantes, de cambios profundos que acaecen en el seno de la sociedad y que alteran los contenidos en el equilibrio de los que detentan el poder.

Presentar a la igualdad desde la historiografía, ideología, política, lingüística, sociología y economía, es recrear su esencia y delimitar su praxis; es, en definitiva, establecer su campo relacional. La posmodernidad pretende abstenerse de todo campo relacional y exaltar al individuo, el mercado o el saber y allí la igualdad resulta ficticia, meramente declarativa, nosotros diríamos aberrante e injuriosa a la dignidad humana.

El Estado como creación social pierde su legitimidad, pues éste existe sólo en sus efectos (Heller) y éstos son la omisión posmodernista que permite la omnipotencia del mercado, saber o individualismo; exactamente la pérdida de lo relacional-social. Precisamente, posicionar la igualdad como “*derecho a*” y contextualizarla para mostrar sus límites, es posibilitar una rectificación en el campo de lo relacional, o lo que Hartmann denominó “transformar las tendencias sociales en

¹¹ Barrera Graf, Jorge. ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. UNAM. México. 1958. Pp. 150.

formas jurídicas”¹². El Derecho no sólo debe ser, sino también revertir las situaciones que determinen un corrimiento hacia afuera, pues esa pérdida de inclusión tiene un significado trascendente para el ser humano.

1.1.4 EL CONTRATO COMO HERRAMIENTA JURÍDICA EN LA INTERRELACIÓN ECONÓMICA

“Los actos económicos de interrelación entre quienes producen y comercializan los bienes o servicios y aquellos que los consumen o insumen, necesitan de una regulación por parte del Estado, como depositario de la atribución de diagramar el marco legal. El legislador estableció una *estructura normativa* que constituye la herramienta jurídica para la circulación de bienes y servicios en la sociedad, enriquecida por la doctrina y jurisprudencia”¹³.

Decir entonces *contrato*, significa señalar una estructura legal de regulación que enmarca la interrelación económica.

1.1.5 DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PRIVADO

Esta estructura legal de regulación la constituye una *base común de normas*, que juntamente con la específica conforman el *ámbito de formulación privada*, el cual es necesario diferenciar –a partir de lo común– de otra estructura, que se

¹² Hartmann, Nicolai. ONTOLOGÍA: EL PENSAR TELEOLÓTICO. Fondo de Cultura Económica. México. 1964. Pp. 68.

¹³ Ascarelli. APUNTES DE DERECHO COMERCIAL. SOCIEDAD Y ASOCIACIONES COMERCIALES. Citado por: Rodríguez Rodríguez, Joaquín. TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1981. Pp. 91.

individualiza también con sus elementos específicos, distintos, denominándose “ámbito de formulación pública”.

Las principales características del ámbito privado son: “a) la intervención de personas jurídicas privadas, de existencia física o ideal y b) la falta de un *interés político-público*; lo que no quita que el Estado, como propulsor de bienestar general, guarde un *interés social* en el contrato privado, por su trascendencia en la comunidad”¹⁴.

1.1.6 LA ESTRUCTURA LEGAL CONTRACTUAL COMO DIAGRAMA ORDENATIVO EVOLUTIVO

El ordenamiento jurídico contractual se conforma a partir de los *principios generales del Derecho*, reguladores de conducta de las personas jurídicas en general; adicionándoles las estructuras propias del *acto voluntario* y del *acto jurídico*, que constituyen los *presupuestos* de la *estructura contractual*.

A partir de aquí, se puede señalar una *parte general* de regulación contractual; un esquema global del régimen de las obligaciones y, por último, una regulación específica de los contratos con tipicidad o regulación diagramada y obligaciones particularizadas; por ejemplo, la compraventa, obligaciones del comprador y vendedor, etcétera.

¹⁴ Aguilar Carbajal, Leopoldo. CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1982. Pp. 76.

1.1.7 DOS ESTRUCTURAS CONTRACTUALES

“Generalmente se define al contrato como un *acuerdo de voluntades* destinado a *reglar derechos*. Esta definición tiene como fundamento la *libertad* y el acto jurídico *prescendencia intervencionista* del Estado, de tal forma que la contratación es entendida como *autorregulación de intereses*. Los términos de ella surgen de la *negociación* entre los sujetos que se presumen libres e iguales, con similar poder económico de imposición”¹⁵.

El consentimiento es fecundado por los actos de voluntad de cada una de las partes e implica cabal conciencia del acto asumido y de sus consecuencias jurídicas. La única limitación que se impone es la preservación del orden público; la moral y buenas costumbres que se convirtieron en instrumentos reguladores, aun cuando a la postre, resultaron insuficientes y sobrepasados por la realidad económico-jurídica.

“Se denominará a esta *estructura de contrato* como de *negociación individual*, para resaltar y precisar su característica sustancial: la concepción de los términos del acuerdo que surge de los actos voluntarios y negociados por los sujetos del Derecho. A comienzos del siglo XX, y especialmente desde mediados en

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. 11ª. Edición. Editorial Eliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1976. Pp. 204.

adelante, aparece otra *estructura de contrato*, que comienza a coexistir con la descrita anteriormente, hasta desplazarla como *regla*¹⁶.

Esta nueva formulación jurídica enmarca una situación económica distinta: la circulación de bienes y servicios, con otra forma de producción y estructura de consumo, hija de la Revolución Industrial, que se denomina *estructura contractual por adhesión*.

Su característica fundamental es el comportamiento económico-jurídico de las empresas que diagraman sistemas de producción en serie y una metodología de consumo masivo que necesita también una estructura legal distinta de la descrita anteriormente, para la comercialización de esos bienes y servicios producidos en serie. Aparece también desplazado el receptor del contrato de negociación individual, por el *consumidor masivo*, con carencia de poder económico de imposición, que solo puede *adherir* a la propuesta de las empresas.

“Hoy conviven dos *estructuras contractuales*: la que cubre mayores supuestos, *por adhesión o masiva* o conducta social típica y la de excepción o *de negociación individual*. Obvio es que sus consecuencias jurídicas, a partir de una base común, tendrán que ser cuidadosamente diferenciadas”¹⁷.

¹⁶ Corgoro, Eduardo. TEORÍA Y TÉCNICA DE LOS NUEVOS CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Merui, Argentina. 1979. Pp. 139.

¹⁷ De Cossio, Alfonso. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977. Pp. 180.

1.2. EL CONTRATO

1.2.1 CONCEPTO DE CONTRATO

El vocablo *contrato* ha dado lugar, en la doctrina jurídica, a múltiples interpretaciones, más o menos amplias según la corriente de pensamiento de que se trate. Tal controversia ha tenido lugar, precisamente, debido a la falta de precisión con que la legislación ha utilizado el vocablo.

El artículo 1517 del Código Civil de Guatemala define al contrato de la siguiente manera: “*Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación*”.

Esta institución –al igual que el acto jurídico dentro de la doctrina clásica del derecho– se fundamenta en el *valor psicológico* de la voluntad, elemento que queda claramente manifestado en la forma transcrita precedentemente.

“Las más importantes corrientes de opinión respecto del sentido del término *contrato* se distinguen, en líneas generales, por la diversa interpretación de dos nociones. La primera de ellas es el alcance que puede tener el contrato dentro del ámbito jurídico. En cuanto a esto, para algunos, los contratos son *acuerdos de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas* (ésta fue la postura –revolucionaria en su época– adoptada por Savigny), otros, en cambio, aceptan para los contratos las características apuntadas

anteriormente, pero agregan que su contenido debe tener siempre carácter patrimonial”¹⁸.

1.2.1.1 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO

El Derecho, como producto del hacer cultural del hombre, ha sido estudiado en sus aspectos históricos, de evolución y de proyección. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad representó, desde Roma, una firme evolución en el progreso jurídico, pues implicó el rompimiento de la *forma ritual* que lo constreñía, hasta el grado de no tener vida propia.

Sin embargo, en el liberalismo económico-político es donde este principio significa una *voluntad creadora*, como lo califica Rousseau en su *Contrato social*; llega a ser la *causa* de la creación de la institución más importante: el Estado. “En lo económico, la autonomía era la expresión última del libre juego de las fuerzas económicas, aun cuando luego la literatura social (Duguit) haya expresado que sólo le sirvió al hombre para morir de hambre. Todas estas tendencias llevaron – principalmente a los alemanes e italianos– a la revisión del negocio jurídico, obligando a reevaluar y ubicarlo en un marco social”¹⁹.

¹⁸ Farina, Juan. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS. MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EMPRESARIAL. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1999. Pp. 219.

¹⁹ Ibídem. Pp. 223.

De Gásperi, en *La teoría volitiva (teleología jurídica)*, demarca con exacta claridad el papel de la autonomía de la voluntad: para el individualismo y liberalismo imperantes, la contratación es una restricción excepcional, con fines exclusivamente propios; pero también la libertad es poder, única forma de explicar el concepto de contrato como la conjunción de dos libertades.

Esto permitió decir a Colin que “la obligación resultante del contrato es esencialmente algo anormal, una excepción al derecho, pero que es el resultado de la independencia recíproca de los individuos”²⁰. El negocio jurídico bajo esta óptica es un *supuesto de hecho*, que conlleva además la virtud de ser *causa de un acto normativo*; Kelsen lo señalaba con claridad, en su *Teoría general del derecho y del Estado*, expresando: “*El negocio es un acto creador de derecho*”²¹.

Esta doble cualidad es justificable, ya que la actividad mediante la cual se establecen normas jurídicas particulares se desarrolla en el mismo ámbito del derecho, pues la *norma* creada reposa, en cuanto a su fundamento de validez, en otra norma y ésta en la facultad constitucional. La fuerza vinculante de lo regulado por la autonomía privada, en caso de autodeterminación o autorregulación de intereses, es libre y faculta a cada individuo a comprometerse en sus relaciones, en tal sentido. Pero ejercida tal libertad, inclinándose por la celebración de un negocio

²⁰ Colin, citado por: De Ruggiero, Roberto. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Editorial Reus. España. 1994. Pp. 127.

²¹ Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE DERECHO. UNAM. México. 2010. Pp. 43.

jurídico determinado para la consecución de sus fines, no podrá liberarse de la obligación de cumplir con la palabra empeñada. En este sentido, corresponde apreciar el carácter vinculante del acuerdo celebrado.

Ante el incumplimiento de la otra parte, quien ha colaborado en la satisfacción de las necesidades motivantes del acuerdo, cuenta con un remedio legal a tal situación, en virtud del derecho subjetivo reconocido a los individuos-contratantes por el ordenamiento legal, y podrá defenderse adecuadamente y poner en funcionamiento el mecanismo de la norma jurídica.

“La autonomía privada es *creadora de relaciones jurídicas*, y el ordenamiento jurídico se limita a reconocer a los particulares la facultad de dar vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos”²². Por tanto, esta autonomía posee caracteres particulares que la distinguen de cualquier otra. Es fuente de normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico mismo.

El negocio jurídico es el instrumento de la autonomía privada, propuesto por la ley y a disposición de los particulares, a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar la propia, en las relaciones recíprocas. En estas relaciones de carácter vinculante, el individuo no expresa su querer, sino que dispone, expresa, el objeto de su querer.

²² Escobar Sanín, Gabriel, NEGOCIOS CIVILES Y COMERCIALES. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 1994. Pp. 56.

“El negocio jurídico es un precepto de la autonomía privada, formada mediante la declaración de voluntad y el comportamiento. La voluntad tiene fuerza vinculante, por lo cual es preceptiva. Desde entonces, existe como una entidad duradera, exterior y desprendida de los sujetos; para el futuro, viviendo una propia vida, independientemente de la voluntad creadora. De allí que no pueda renunciar a aquélla y, por tanto, el precepto del negocio tiene naturaleza normativa”²³.

Conviene resaltar el otro aspecto fundamental de la autonomía privada, el de su ensamble con los *finés socialmente apreciables*. “La autonomía privada es un poder que corresponde a una *función teleológica*, según el criterio de Josserand; dicho de otra forma, la organización jurídica social se configura en un marco o límite negativo, como señalaba Duguit, por vía de exclusión, pues el Estado no los asume por sí, ni los impone a sus súbditos”²⁴.

En suma, se puede definir a la autonomía privada, expresando que se trata de una *potestad legal*, conferida para los miembros de una sociedad jurídicamente organizada, *sujetos de derecho*, para regular su actuación negocial, en la medida que corresponda a una función u *officium* tutelada socialmente.

En cuanto a la contratación por adhesión, que en los tiempos actuales representa una forma importante de contratación mercantil, esta implica el

²³ Aguilar, Vladimir. EL NEGOCIO JURÍDICO. Editorial Serviprensa S.A. Guatemala. 2003. Pp. 75.

²⁴ Hartmann, Nicolai. Op Cit. Pp. 209.

asentimiento –no consentimiento– del consumidor al negocio como metodología de acceso a cláusulas que resulten abusivas, leoninas e impuestas. De esta forma se reequilibra el poder que, en la generación del contrato, la parte más débil no poseía.

1.2.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONTRATO

Los elementos esenciales del contrato surgen de la definición legal contenida en el artículo 1251 del Código Civil de Guatemala: capacidad legal, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Deberá tratarse de un “acto jurídico bilateral” (presupuesto del contrato), en el cual la voluntad de las partes sea expresada de *forma manifiesta* y que, además, tenga *contenido patrimonial*.

CAPÍTULO II LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

2.1. CONSENTIMIENTO

2.1.1 CARACTERÍSTICAS

El artículo 1251 del Código Civil de Guatemala, fundamenta la concepción contractual en el *voluntarismo*, de tal forma que el *consentimiento* se constituye como *estructura de integración* de éste. “La voluntad comienza a funcionar por la *sensación de necesidad* (real o inducida) como lo afirma Zitelman en su investigación psicológica de la voluntad negocial; a partir de allí, produce sus *impulsos* para la *evaluación de la realidad* (medir necesidades comparativas, establecer posibilidades económicas, jurídicas etc.), tratando de conectarse con *otro sujeto* que ofrezca en el mercado los bienes y servicios requeridos”²⁵.

Estas *esferas jurídicas* o *sujetos de derechos* poseen intereses subjetivamente distintos que se integran por medio del contrato, que como institución regula determinados efectos jurídicos (generales y particulares en cada contrato) lo cuales se deben hacer *conscientes* a cada uno de aquéllos.

En estos términos resulta necesario diferenciar los *presupuestos* del consentimiento, de éste mismo. En este orden de ideas, son presupuestos la *esfera jurídica* o *sujeto de derecho* y la *capacidad* para poder *consensuar* (como acto jurídico bilateral).

²⁵ Donaldson, Elvin. ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL. Editorial McGrall Hill. Nueva York. 1938. Pp. 271.

En cambio, son elementos del consentimiento, *la oferta* y *la manifestación de aceptación* (expresa o implícita) de los sujetos, para que quede estructurada la integración de las voluntades.

2.2. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO

2.2.1 LA ESFERA JURÍDICA O SUJETO DE DERECHO

Aquí reside uno de los *elementos* distintos entre el *contrato de negociación individual* y el de *adhesión*. En cuanto a la primera de las estructuras jurídicas, corresponde señalar que *el contrato se integra con sujetos de derecho*, es decir, el derecho otorga o reconoce (según la concepción que se adopte) capacidad para ser *esfera jurídica*, y sólo en este carácter constituye una verdadera *persona jurídica*²⁶.

De tal forma que la vinculación contractual enlaza dos personas jurídicas, igualmente libres, y con similar o igual poder de negociación (presunción formal legal). En el esquema de la estructura jurídica por adhesión, la cuestión finalmente es idéntica. Sin embargo, la realidad indica que existe una situación diferenciada, que a la postre también modifica la formalidad jurídica del consentimiento.

En lo que se refiere al productor de bienes y servicios, se convierte en *empresa*, y esto no es un simple problema terminológico, sino que, al contrario,

²⁶ Farina, Juan. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pp. 109.

entraña un cambio sustancial, que implica en el consentimiento, un poder de imposición.

2.2.1.1 LA EMPRESA

Es la unidad básica del sistema productivo actual, que posee una tendencia innata y esencial para su existencia: la maximización del beneficio. El nacimiento del moderno concepto de empresa aparece a partir del siglo XIX y se caracteriza porque en su evolución se pueden establecer cuatro etapas: “el desarrollo de la empresa individual hacia un esquema societario; la sobredimensión de la empresa por medio de sucursales o filiales; la ampliación de las actividades empresarias, acoplamiento de departamentos o gerencias de ventas o financiamientos, y por último, la planificación del mercado en forma inter-empresaria”²⁷.

A) EL DESARROLLO DE LA EMPRESA INDIVIDUAL HACIA UN ESQUEMA SOCIETARIO

El inicio de esta evolución es apenas perceptible, pues es el empresario –y no la empresa– quien hace su irrupción en el mundo de los negocios poniendo su capital o el que obtendrá de préstamos al servicio de una determinada actividad, absorbiendo para sí el riesgo del desarrollo de los negocios. Un segundo momento es cuando se *asocian personalmente* varios empresarios –número limitado de personas que generalmente poseerán un vínculo de conocimiento anterior–

²⁷ Gasperoni, Nicola. LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Bosch. Madrid. 1950. Pp. 97.

permitiendo aumentar de esta manera la *capacidad de capital*, pero teniendo muy bien delimitadas las responsabilidades, muy ligadas en esta etapa al honor y la palabra empeñada.

“La sociedad de responsabilidad limitada es introducida en Alemania en 1892 y en Francia en 1925 y la sociedad anónima hace su irrupción en Inglaterra en 1956, aun cuando el Código de Comercio francés reglaba la sociedad por acciones. La empresa accede a la forma de sociedad anónima, como instrumento eficaz para *atraer ahorros improductivos*, y además delimitaba la responsabilidad de la empresa-empresario, a un capital fijado”²⁸.

Tal vez el logro más importante es la dicotomía funcional y estructural entre propiedad del patrimonio, que pasa a ser dominio del accionista-ahorrista, y el gobierno de la empresa que queda en manos del empresario, a lo sumo, con un pequeño comité ejecutivo que posee no sólo el mando efectivo, sino que logra que la remuneración del empresario se independice y crezca.

B. SOBREDIMENSIÓN DE LA EMPRESA POR MEDIO DE SUCURSALES O FILIALES

Houghton analiza el fenómeno de la concentración económica en manos de las empresas de los Estados Unidos de América durante la primera parte del siglo

²⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1981. Pp. 158.

XIX, sacando esta conclusión: “la riqueza mobiliaria y financiera se concentra en las empresas y se reduce el número de éstas a no más de cinco o seis; la Segunda Guerra Mundial contribuyó a ordenar este proceso de concentración”²⁹.

Las empresas amplían sus establecimientos, abriendo nuevas sucursales o filiales y entrelazan sus producciones, de tal forma que el producto final de unos sea el insumo de otra. Crece en la organización interna, domina la conformación del costo y del precio, de modo que impone su poder económico en el mercado, incluso en muchos supuestos a los Estados nacionales.

C. AMPLIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIAS, ACOPLAMIENTO DE DEPARTAMENTOS O GERENCIAS DE VENTAS Y FINANCIAMIENTO

De forma muy rápida, se advierte que comienza la compaginación entre la actividad productiva de las empresas y su estructuración de ventas de productos, con planificación de créditos al consumidor, transformando al comerciante minorista en mera boca de expendio. Este hecho se genera por dos grandes causas: la primera, la rapidez de los cambios tecnológicos –y con ellos la celeridad de cambios culturales–, obliga a las empresas a tener un dominio más directo sobre el consumidor, lo que logra fundamentalmente por la publicidad (cambios de hábitos

²⁹ Houghton, citado por: Rodríguez Rodríguez, Joaquín. TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. Op Cit. Pp. 163.

de consumo –con nuevos productos–, inducción a cambios de modelos más perfeccionistas u obsolescencias programadas).

La segunda causa estaba en la corrección de fluctuaciones monetarias, que los rápidos cambios tecnológicos requerían (por ejemplo, incremento de capitales), con lo cual comienza a planificarse el adelanto de precio, los autoplanes o pagos en cuotas, con diferimientos de entrega del bien, etcétera.

“La expansión de la empresa le otorgó así un poder concreto sobre el mercado (retribución de factores-precio y forma de pago a los consumidores) y la obtención de capitales impropios. Esta importante etapa, sienta sus bases en la financiación como norma social de acceso a los bienes-servicios. Se trata de una forma con *alto costo*, por la participación altísima de *intereses financieros* y gastos de *administración*”³⁰.

El sistema generó un importante flujo financiero –administrado fundamentalmente por los bancos– que insufló fondos hacia las empresas que habían visto restringidas sus entradas por el cuello de botella que implicó el desajuste precio de venta-poder de compra de los asalariados.

³⁰ Sánchez Torres, Eloy. USUFRUCTO DE ACCIONES DE SOCIEDADES MERCANTILES. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1946. Pp. 93.

D. PLANIFICACIÓN DEL MERCADO EN FORMA INTEREMPRESARIA

Al modificarse las relaciones de competencia interempresaria, mediante las formas de estructurarse en la división de mercados, sobreviene la formación de grandes empresas o grupos económicos con una organización nueva y con una idea de necesidad de planificación producción-inducción-consumo y también de determinar el control de las fuentes de capital financiero. De esta forma se elimina la intermediación bancaria y se restringe y controla el beneficio del comerciante minorista, quedando a la empresa una doble tasa de ganancia-rentabilidad: la derivada de la diferencia costo-precio de venta y lo relacionado con costo-financiación.

Con este objetivo cumplido en una primera etapa por las empresas automotrices y luego por la línea de artefactos electrodomésticos, fue necesaria la implementación de dos innovaciones empresariales. La primera apuntó a la separación o departamentalización del sector producción respecto del sector venta, pues este último debía acceder a una información y planificación distinta de la del otro sector, sin perder de vista a la empresa como sistema global.

La segunda lleva a la planificación y control de la relación producción-consumo-financiación, de tal forma que se asegure una secuencia rítmica de los bienes y servicios. El logro del incremento del beneficio, por la creación ficticia de sociedades de servicios o financieras auto-controladas, se consiguió y además se

mantiene por la continuidad en el consumo, con cambios de hábitos simples, por aperturas y cierres de caudales de financiamientos, etcétera.

Santos Briz lo sintetiza de esta forma: “La empresa es un concepto esencialmente económico y no puede ser indiferente para el jurista o la jurisprudencia”³¹; tampoco se debe soslayar el cambio operado a partir de esta nueva concepción en uno de los sujetos del contrato.

2.2.1.2 LOS CONSUMIDORES

Tampoco queda inmutable el sujeto receptor o necesitado de bienes y servicios, pues aquí también se generó un cambio sustancial. El poder adquisitivo del consumidor (en la mayoría de las sociedades) declinó y se hizo dependiente, en parte, por los mecanismos implementados por las mismas empresas y las políticas económicas instauradas en los países subdesarrollados en la posguerra y hasta nuestros días.

“La sustitución del contratante por el consumidor tiene evidentemente su consecuencia y es explicable sólo a partir del desarrollo de la sociedad de consumo. Al igual que la elaboración de bienes, el consumo es también un proceso dominado por la relación ingreso-precio del bien, de tal forma que la circulación de bienes y servicios necesita un ordenamiento general para su expansión social. Se necesita

³¹ Santos Briz, citado por: Uria, Rodrigo. DERECHO MERCANTIL. Vigésimo octava edición. Editorial Marcial Pons, 2001. Pp. 38.

que el consumo sea masificado, pues lo que interesa es la cantidad vendida, para evitar *stock* y así seguir produciendo, disminuyendo el costo fijo y aumentando la rentabilidad”³².

La intensificación cuantitativa de la producción de bienes y servicios determina el fin del consumo individual, y conlleva su uniformidad y masividad, resultando esencial para mantener el esquema productivo en acción. En realidad, si bien importa intensificar el consumo, lo determinante es su ritmo o secuencia, que Keynes estudiará luego con la denominación de *problema de la demanda efectiva*.

“Históricamente la definición del concepto de consumo individual surge del principio unánimemente aceptado de la relación escasez-existencia de bienes (principio de opción de fines y saturación de necesidades). La conceptualización del modo de consumo social (transformación operada en este siglo a partir del fordismo especialmente) deviene de homogeneizar y condicionar a la actividad productiva, donde la inducción (publicidad masiva) juega un papel determinante”³³.

Si se analiza la sustancia misma del consumo masivo, nos encontraremos con que éste, como tal, está en íntima relación con el tiempo (cíclico), con la organización de la familia (el hogar es lugar por excelencia) y apunta básicamente

³² Verón, Alberto & Zunino, Jorge. REFORMAS AL RÉGIMEN DE SOCIEDADES COMERCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984. Pp. 170.

³³ Mantilla Molina, Roberto L. DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. Pp. 158.

a la creación de *actitudes culturales* (el *status* es una de las más importantes). Se crea así un *hábito* transmisible a la comunidad y generacionalmente, conformándolo como un concepto cultural (transformando lo accidental en esencial).

Esta situación motiva al grupo familiar de una determinada manera, marcando objetivos en el consumo (esto es claro en los artículos para el hogar, los escalones: radio, heladera, televisión, licuadora, enceradora, etc., implican el constante ordenar de cambio de modelos). “Surge así el consumo organizado por las empresas, privilegiando las relaciones mercantiles por sobre otras (las interpersonales, por ejemplo, deshumanizando al hombre y a su familia), y dando preeminencia a dos bienes sociales básicos: la vivienda media o estandarizada (para luego generar nuevo consumo acorde con ella) y el automotor (que como es duradero, se incita su recambio por la fórmula de *status*)”³⁴.

Hasta acá se podría estar dentro de la relación pura: proceso productivo-inducción al consumo; sin embargo, en todo este proceso acaeció algo: el deterioro de la remuneración masiva. La consecuencia de esto determinó restricción en el consumo, ante lo cual se gestó la llamada socialización de la financiación, no solo para incentivar el consumo, sino para ordenarlo y estandarizarlo (tal vez esto último resultó, a la postre, el fin último y trascendente, aun cuando en nuestro tiempo esté en crisis).

³⁴ *Ibíd.* Pp. 161.

Es evidente que este sujeto *consumidor social masivo* carece de poder económico de imposición. Como se ve, la empresa aumentó su poder de imposición y el consumidor lo disminuyó considerablemente; de ahí entonces que varió la posición del concepto de *parte del contrato* en forma irreversible.

Esta nueva concepción tiene indudablemente influencia notable sobre el otro presupuesto del consentimiento, la capacidad.

2.2.2 LA CAPACIDAD NEGOCIAL

En primer lugar, debe determinarse qué significa la *capacidad de contratar*. Esta implica que “como esfera de afectación posee *capacidad de derecho* (por ser persona jurídica) y capacidad de obligarse. Con esto también se demarca otra actitud del ordenamiento jurídico: la regla es la capacidad de contratar. A partir de esta base mínima, se abre una segunda etapa, que es la propia de los contratos”³⁵.

La cuestión ha sido debatida con ahínco en los derechos francés e italiano. La primera imagen que se representa es la de situar los tres tipos de actos, como tres *formas de comportamiento* de los individuos frente a los bienes. Esto se vincula con las dos cuestiones más importantes del Derecho: el sujeto, con su poder como facultad de conducta, y los bienes, como medios de satisfacer necesidades en los

³⁵ Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1993. Pp. 94.

distintos órdenes, con la característica fundamental de su escasez y con su función en la comunidad.

La conservación del bien, frente a la relación jurídica, propone como circunstancia fáctica para su realización, hechos o actos que atenten contra su integridad, lo cual los califica como necesarios. En este primer acercamiento conceptual se puede situar su naturaleza jurídica como acto jurídico necesario. Se ha referenciado en general el tema de la cosa, y señalado la necesidad de un acto material de perturbación que genere la conservación. Sin embargo, no es posible fijar pautas generales, ya que depende de cada cosa y de su función en sí para la determinación o calificación de la conducta como acto de conservar.

“En cuanto a la conservación de derecho, cabe señalar que depende del tipo de derecho, ya que algunos se conservan con la mera obtención, por ejemplo, de la libertad, sin cometer delitos tipificados en el respectivo ordenamiento jurídico. En cambio, en otros supuestos, para conservar la misma libertad se requieren conductas positivas tales como la manutención de los hijos, su cuidado, casa-habitación y alimentos, pues el abandono de menores se sanciona con pena privativa de la libertad”³⁶.

³⁶ Solá Cañizares, Felipe. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. Tomo III. Editorial Montaner y Simón. Barcelona. 1958. Pp. 128.

En general, y siguiendo a Sierra, el acto de conservación en cuanto a los derechos, “surge sólo cuando el sujeto reacciona contra su propia conducta que podría llevar a la propia destrucción del derecho”³⁷. Los actos de administración, a diferencia de los de conservación, no requieren como causa generadora que la cosa sufra algún peligro. Seguramente tampoco se trata de un acto aislado y de mayor amplitud, ya que puede referirse a un patrimonio en su totalidad. Sin embargo, el concepto de acto de administración está en prístina conexión con un concepto extrajurídico y de índole meramente económica: el de rendimiento.

En este sentido, un capital (englobando el trabajo humano, una fábrica, una cosa, etc.) como factor de producción no puede permanecer ocioso, ya que el desgaste natural y el acelerado avance tecnológico hacen que a corto tiempo desaparezca no sólo del ciclo productivo, sino como tal. Estos actos de administración resultan, en la economía actual, necesarios (naturalmente, utilizando este último término con una connotación totalmente distinta de la alusión hecha para los actos de conservación).

“Si bien el acto de administración se caracteriza fundamentalmente por esa noción de rendimiento es necesario distinguir lo concerniente a la aptitud del administrador. Esto, evidentemente, lleva el estudio de la causa de la

³⁷ Sierra, Eliseo. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Universidad Autónoma de Barcelona. España. 2005. Pp. 111.

administración, la forma, las facultades que resultan en caso concreto de la investidura y las normas atinentes a la realización de cada acto en particular”³⁸.

Los actos de disposición son aquellos que producen la modificación de la situación jurídica del bien o patrimonio, con lo cual se pone el acento en lo jurídico y no en la equivocada idea de que todo acto de disposición involucra un concepto económico. Más aún, en el acto de administración existe una gravitación importantísima de la noción económica de rendimiento, pero también juegan otros factores de índole jurídica.

El acto dispositivo involucra entonces ese poder concreto delimitado con que se encuentra investida toda persona, al menos en general.

Completa el esquema del acto dispositivo el estudio de las consecuencias jurídicas de éste, respecto del sujeto que las realiza, sus responsabilidades, etcétera. Cabe señalar, que de las distinciones hechas resulta que los sujetos de derecho son partícipes de la división de los actos en tres tipos enunciados, de esencia jurídico-económica distinta y atienden a funciones disímiles.

³⁸ Vásquez del Mercado, Óscar. CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1994. Pp. 204

2.3. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO

Los elementos estructurales del consentimiento son la oferta y la manifestación de aceptación, en seguida se analiza cada uno de ellos.

2.3.1 LA OFERTA

Para que la propuesta sea considerada técnicamente una *oferta contractual*, debe estar dirigida a una persona o personas determinadas; debe ser sobre un contrato especial, y por último debe reunir todos los elementos básicos, constitutivos del contrato sobre el cual versa.

Esta oferta no surge en forma inmediata, sino que generalmente requiere afinamiento de sus términos; además, la diferencia entre el contrato de *negociación individual* y la *metodología de adhesión*, presenta partes comunes y tratamientos jurídicos diferenciados.

Metodológicamente, se puede dividir el análisis en dos acápites principales: “el estudio de las propuestas o pasos previos tendientes a configurar la oferta, que puede denominarse *etapa de conformación de la oferta*, y la *etapa posterior a la conformación de la oferta*; a su vez, se deben remarcar los efectos comunes y diferenciados de las dos metodologías de contratación (negociación individual y de adhesión)”³⁹.

³⁹ Vivante, César. DERECHO MERCANTIL. Volumen II. Valletta Ediciones. Buenos Aires. 2005. Pp. 31.

A) ETAPA DE CONFORMACIÓN DE LA OFERTA

En los contratos de negociación individual, esta etapa es de suma importancia, pues no sólo va delineando la oferta, con la finalidad de configurarla definitivamente, sino que además es antecedente valiosísimo para la vida, desarrollo e interpretación contractual.

Este acercamiento, este *ir y venir*, ¿bajo qué pautas debe desarrollarse? Sin duda, el tráfico económico-jurídico encierra desde los intereses más bajos y egoístas (porque son parte de la realidad) hasta los más equitativos y altruistas; sin embargo, el derecho como *orden social justo* debe inducir a que el marco de esas negociaciones se celebre en un *ámbito de confianza recíproca*.

Para ello, cuenta con herramientas muy sólidas, que abarcan desde los principios generales hasta instrumentos concretos, en el marco del campo *precontractual*, tal cual es la elaboración doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad precontractual o de las negociaciones previas.

Ihering y Faggella se manifiestan sobre la denominada *culpa in contrahendo*, es decir, “el comportamiento negligente en las etapas de conformación del contrato, sancionado con la consiguiente responsabilidad, abarcando el pago de los perjuicios sufridos”⁴⁰.

⁴⁰ Ihering, Rudolf Von & Faggella, Gabriel. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1960. Pp. 29.

Quien se retiraba intempestivamente de las negociaciones previas, quien obraba contrariamente al deber de la buena fe, de confianza mutua, de los usos y costumbres negociables y con su actitud causaba daño, debía repararlos, es decir, reparar el daño efectivamente causado.

En cambio, esta fase de negociación previa es mucho más difícil de *atrapar jurídicamente* en el campo de la negociación por adhesión. No existe ese contacto personal, ese ir y venir; la publicidad como canal de comunicación masiva hace todo más impersonal y, por consiguiente, difícil de enmarcar como negociación previa.

Es necesario establecer nuevos mecanismos de control; la publicidad engañosa debe ser seriamente sancionada, pero a nivel del *contratante en expectativa* (consumidor) resulta casi imposible establecer una ligazón.

Se ha avanzado, en cuanto a considerar la *publicidad inductiva*, enmarcada en el contexto contractual posterior (como constitutiva), a modo de evitar el desprendimiento entre una y otra fase.

B) LA PUBLICIDAD

“La formación de un *modo de consumo social* ha desplazado axiomáticamente el concepto de *consumo individual*, basado en la elección permanente condicionada

por la necesidad y los recursos. En gran medida, la responsable de ello es la empresa, a través de la *publicidad inductiva*⁴¹.

Este instrumento vital en la organización del proceso de consumo se debe diferenciar de la *información*, que apunta a la obligación que deberán tener las empresas de poner en conocimiento del ciudadano, las calidades, insumos, condiciones de uso, precauciones, etc., tendientes a evitar riesgos de mala utilización del producto y, por ende, la eventualidad dañosa.

En la década de los años sesenta del siglo XX, ya Alvin Toffler⁴² había advertido sobre las maravillas de los medios de comunicación y señalaba el choque del futuro para los países subdesarrollados, en el sentido de que, por ejemplo, la televisión llegaría a todos los hogares en los países subdesarrollados, mostrando a los demás un hermosísimo paisaje de mutaciones.

La estrategia de comunicación subliminal actúa con celeridad, y el grado de control –social e individual– que sobre ello se puede ejercer es mínimo y hasta casi inexistente; se impone como *reflejo* a las masas, con objetivos económicos limitados, para permitir rápidamente el cambio de motivación hacia un nuevo modelo de bien o servicio.

⁴¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa. México. 1967. Pp. 236.

⁴² Touffer, Alvin. EL SHOCK DEL FUTURO. Plaza & Jane's Editores, S.A. Barcelona. 1973.

La publicidad así lanzada trata de crear, con el producto o servicio inducido, un *estatuto de bienestar* que no siempre se condice con la ejecución de la prestación y el goce del bien o servicio: como inductiva de consumo, genera en el receptor lo que se denomina la *situación empática*, que es la proyección imaginaria y afectiva con las personajes o sentimientos del mensaje (mecanismo psíquico que prepara al individuo para operar eficientemente ante un estímulo).

La sociedad moderna, mediante el clímax del proceso de modernización, hace a los individuos participantes del *modelo*, aun cuando estén ubicados en los estratos socio-económicos más carecientes, incluso cuando el acceso a este bien sea mediante el hurto; esto es lo que George H. Mead, de la Universidad de Chicago, denominó el *papel desempeñado*.

En suma, se puede decir que estos mensajes inductivos son emitidos por diversos medios: gráficos (diarios, revistas), radio (canciones pegadizas), audiovisuales (cine, televisión, video); redes sociales, etc.; de esta forma generan, sobre todo en países desarrollados, *comportamientos, hábitos de consumo* (ahorro previo), de acceso a bienes y servicios.

“La naturaleza jurídica apunta a dos aspectos: actos preparativos del contrato y conformación de una verdadera declaración unilateral de voluntad, fuente

autónoma de obligaciones. Ambas situaciones jurídicas pueden generar derechos para el consumidor”⁴³.

1) Como actos preparativos del contrato. El contrato de formación individual, suponía una comunicación recíproca que iba generando y conformando los términos definitivos de la oferta, y por este camino se arribaba a la conclusión contractual.

Ese período preparatorio no creaba por sí solo un vínculo o ligazón jurídico.

En el ámbito de la legislación comparada no existe uniformidad en trato; así, en Suiza rige en forma genérica el artículo 41 del Código de las Obligaciones que establece como principio la *reparación del daño causado antijurídicamente*. Este precepto presenta bastante similitud con el artículo 1902 del Código Civil español. En cambio, más específicamente, el Código alemán contiene una regulación particular de la *culpa in contrahendo*, con una precisa obligación de indemnizar el daño causado a la otra parte, por haber confiado en la continuidad de la negociación (daño al interés negativo).

La problemática mereció la atención de juristas y jueces, que fueron pergeñando una serie de pautas para posibilitar la responsabilidad de quien causaba daños con esos actos preparatorios a la conclusión del contrato.

⁴³ Larroumet, Cristian. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá. 1993. Pp. 240.

En el tráfico moderno mediante la publicidad se hacen conocer bienes y servicios con la intención de generar un negocio jurídico masivo, con la metodología del contrato por adhesión. Es obvio que pueden abarcar actos de diversa naturaleza, desde aquel que sólo resalta algunas cualidades, hasta el que además establece las condiciones generales o particulares de contratación, es decir, podría configurar jurídicamente la oferta.

Generalmente, nunca se halla completo el esquema, de allí que Raiser califique a la publicidad como *líneas rectoras* en la marcha hacia la contratación predispuesta.

“En esta concepción se reemplaza a aquellas tratativas preliminares y se afecta la *credibilidad* del público consumidor, generándole una *expectativa razonable*, con lo cual aparece una necesidad de *protección jurídica*, que en el Derecho alemán se define como la *defensa del interés de confianza*, sin que se deje de producir la imprescindible compatibilización con el derecho a la publicidad. Se puede ensayar dos enfoques, en la actualidad, con fundamentos autónomos y complementarios: el del derecho público y el del derecho privado”⁴⁴.

⁴⁴ Illescas Ortiz, Rafael. DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2003. Pp. 247.

a. El ámbito público. Se inserta con lo que Díez-Picazo denomina el *orden público económico* y muy específicamente en su alusión al establecimiento de *reglas básicas para la organización económica*.

“Las constituciones contemporáneas consagran los principios de libertad e igualdad para los ciudadanos. El contrato actual, instrumento básico en el intercambio de bienes y servicios, enlaza categorías económicas (empresarios-consumidores) que afectan a la economía en forma global, de ahí que el derecho de publicidad y la protección del consumidor posean relevancia económico-social y se encuadren en los límites de los poderes normativos de los sujetos de derecho”⁴⁵.

La iniciativa económica privada, amparada por los derechos individuales económicos consagrados en las constituciones, debe compatibilizarse con el derecho de acceso a bienes y servicios, principio axiomático de la existencia de vida y también de rango constitucional.

Aquí aparece un concepto que hace de *ajuste* entre las libertades en juego; *utilidad social* del comercio de bienes y servicios que el Estado debe preservar por encima de los derechos individuales, pues afecta a la misma organización político-democrática, como forma de vida, que expresa como idea básica el derecho a la

⁴⁵ *Ibídem.* Pp. 250.

libertad, al someter cualquier situación a la *promoción del bienestar general*, como idea rectora de pensamiento.

Bianca señala estos fundamentos para la “intervención estatal *antes del acto contractual*, por la inexistencia de precepto expreso en el algunos Códigos Civiles y la necesidad de replanteamiento del tema con base en las Constituciones”⁴⁶.

En otro aspecto, siguiendo con esta línea argumentativa, la problemática de la libertad e igualdad, como principios constitucionales, se conecta imprescindiblemente con el derecho de la propiedad. Éste, en el intercambio de bienes, tiene exteriorizaciones muy claras: la regulación equitativa de interés como instrumento de distribución.

Dentro de este marco, el *derecho de publicidad* no se puede utilizar indiscriminadamente, sino que debe adoptar una forma acorde con mecanismos que contemplen el *interés en la producción y circulación de bienes*, pero que simultáneamente cumplan *un fin socialmente atendible*, fundamentalmente respetando ideas básicas de prosperidad en la comunidad consumidora.

La posibilidad de inducción a través de los medios es hoy casi infinita, de allí que sea necesario dar prioridad a *valores constitucionales*, tendiendo a modificar

⁴⁶ Bianca, Cesare Massimo. DERECHO CIVIL III. EL CONTRATO. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pp. 116.

determinadas *prácticas*, que sólo ponen su acento en el beneficio económico, y trasladan el vértice de tal forma que garanticen la *igualdad sustancial* y no la *igualdad formal*, como parte de la justicia social, del constitucionalismo moderno, imperativo para este siglo XXI.

b. El ámbito privado. El otro enfoque, el privatista, se enraíza con el cambio filosófico operado en las *herramientas*, como nociones *jurídico-valorativas*.

“El derecho de publicidad es propio de una sociedad competitiva e instrumento vital en el proceso de consumo; sin embargo deberá adaptarse su *ejercicio*, conforme a las normas vigentes, pues ningún derecho es absoluto”⁴⁷.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera ejercicio abusivo de los derechos a los actos que contraríen los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o aquellos que excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La tendencia es tutelar *intereses más generales* que los de operadores económicos (empresas), tal tendencia, va concretando la transformación del derecho con contenido social, resguardando los intereses de la comunidad.

⁴⁷ Illescas Ortiz, Rafael. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Editorial Ramon Areces, Madrid, España 2003. Pp. 143.

“La sociedad necesita del intercambio económico y del desarrollo para la prosperidad; para ello, ha elegido la iniciativa privada, como motor; sin embargo, esta determinación de política económica no significa una libertad a disponer de cualquier forma. Por el contrario, la perspectiva social tutelada impone criterios de actuación para limitar el desvío del poder que da la libertad”⁴⁸.

Un contenido de conducta muy claro y preciso, lo marca la *buena fe*, que debe abarcar desde antes de la celebración hasta la ejecución del contrato.

Se sostiene que la *publicidad* debe ser enmarcada entre los actos tendientes a la celebración, pues es el primer impacto que recibe el consumidor, respecto de la necesidad inducida de acceso a un bien o servicios, que difícilmente en la sociedad moderna se pueda pensar jurídicamente en la celebración de relaciones contractuales.

La publicidad, como instrumento en la consecución de sus fines económicos individuales, no puede traspasar el límite político-finalista impuesto por la sociedad en la escala de valores, de tal manera que de operar explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de los consumidores su acto debe quedar sujeto a revisión judicial.

⁴⁸ *Ibídem.* Pp. 152.

La responsabilidad emanada de esa situación tiene implicancias vastísimas, que pueden abarcar desde la obligación concreta de indemnizar, si se ha causado un daño, hasta sanciones administrativas penales, la expansión a otros consumidores, etcétera.

En suma, la actividad publicitaria, exteriorizada de diferentes maneras, debe cumplir con una finalidad económico-empresarial, pero simultáneamente con la función social.

2.3.2 MANIFESTACIÓN DE LA OFERTA

La manifestación o exteriorización de la oferta, puede ser dirigida a persona que esté presente o ausente, en cuyo caso se debe diferenciar la situación. Previamente hay que hacer dos consideraciones que son comunes a ambas situaciones:

- a) “En cuanto al fallecimiento o incapacidad sobreviniente del ofertante; en este aspecto, se prevé la falta de vigencia de la oferta cuando los hechos enunciados acaecen para el ofertante antes de haber sabido de la aceptación y para el aceptante antes de haber aceptado, con el cual se sale del ámbito del derecho civil y se entra en el derecho procesal, para la acreditación de ambas situaciones fácticas; y

- b) La posibilidad de retractación, cuando la oferta no ha sido aceptada. Si sucediera que la retractación no se da en condiciones especificadas, por ejemplo, quebrando la buena fe, el ofertante deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados y que puedan ser atribuidos a su responsabilidad. El alcance de la reparación podría asemejarse a las etapas precontractuales”⁴⁹.

A) MANIFESTACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA OFERTA PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ENTRE PRESENTES

“En la situación que es precedida por una negociación de tipo individual, la manifestación de la oferta como tal debe guardar congruencia expresa e implícitamente con aquellos términos; además debe, en forma concreta y clara, dejar abierta la posibilidad de su aceptación lisa y llana, pues, de lo contrario, si está sujeta a alguna modalidad (por ejemplo el plazo), también tiene que revestir la misma transparencia”⁵⁰.

La oferta exteriorizada puede ser retractada antes de llegar a conocimiento de la otra parte; en cambio cuando ésta toma conocimiento, aun cuando no está establecido, expresamente, tendrá un *plazo prudencial* para emitir su aceptación, que generalmente es exiguo y surge de las características, usos y costumbres del

⁴⁹ Messineo, Francesco. MANUAL DE DERECHO CIVIL COMERCIAL. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971. Pp. 220.

⁵⁰ Mignoli, A. LA PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. Editorial Bosch. Madrid. 1965. Pp. 92.

mercado en cada bien o servicio en particular. La aceptación también debe ser emitida por signos inequívocos y recepcionada por el ofertante, y no permite modificación de los términos de la oferta.

Dentro de la aceptación, se debe considerar algunas situaciones que pueden implicar aceptación: la conducta positiva del aceptante y el silencio. La primera es sencilla, ya que significa una manifestación o exteriorización que lleva ínsita la aceptación como concepto, por ejemplo, si el oferente remitió las condiciones en que debía contratarse un envío de mercadería y la otra parte la remite sin decirle expresamente que acepta el importe o realiza actos de acceso al servicio o mercadería, etcétera.

El silencio, en cambio, es de difícil tratamiento, como principio general y acorde con lo que en nuestro la mayor parte de ordenamientos disponen, no es admisible como manifestación de aceptación de una oferta y así lo ha interpretado en forma unánime y constante la jurisprudencia.

“En el contrato de negociación individual, finalizadas las etapas previas y concretada la oferta, el silencio de la otra parte puede, en determinados supuestos representar la aceptación. Esta interpretación surgiría de la aplicación de la doctrina de los actos propios –es decir, coherencia de conducta después de formulada la

oferta–, de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de persona, lugar y tiempo”⁵¹.

En los contratos por adhesión, la cuestión funciona generalmente con la publicidad previa, en donde se conforman las líneas rectoras de la oferta o a través de la exposición de los bienes, que generarán en la mayoría de los supuestos una conducta social típica de aceptación.

B) MANIFESTACIÓN Y ACEPTACIÓN DE LA OFERTA PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ENTRE AUSENTES

La metodología que prevé la mayoría de legislaciones civiles, consiste en utilizar *agentes* y la carta, telegrama, documento, etc., aunado a las leyes que regulan el comercio electrónico, implica la falta de *instantaneidad* en la oferta y aceptación.

“El tema de los agentes es compartido por el Derecho civil y el Derecho comercial, ya que se debe diferenciar entre el *emisario* y el *mandatario*, pues su *modo de operar* se diferencia en que el primero puede aportar su propio criterio en la fijación de los términos del contenido, en cambio el segundo se limita a una transmisión, simplemente; es decir, hay una diferencia cualitativa”⁵².

⁵¹ Lozano Noriega, Francisco. CONTRATOS. Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México. 1986. Pp. 42.

⁵² Espin Cánovas, Diego. MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. 3er. volumen. 4ª. Edición. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1975. Pp. 215.

Tampoco es ajeno al tema el *corredor* como sujeto del Derecho comercial, siendo su intervención regulada expresamente en la mayoría de Códigos civiles y comerciales, y que posee la calidad de ser *habitual* por su participación en las negociaciones; de allí el conocimiento del mercado, usos y costumbres que le permiten una intervención muy calificada.

No obstante ello, “actualmente una gran parte de los contratos entre ausentes o a distancia, se realizan por internet y se caracterizan por perfeccionarse en tiempo real, ya que estos medios electrónicos permiten la oferta y aceptación en tiempo real y evitan o disminuyen notablemente los costos de transacción”⁵³.

En suma, se debe distinguir muy claramente los distintos supuestos, pues las consecuencias jurídicas que se generan son diferentes.

En lo que hace a la emisión escrita, los métodos tradicionales, tales como las cartas, telegrama, documento, etc., están siendo desalojados por los medios electrónicos, pero que difieren en su tratamiento jurídico, pues lo que cambia es el medio, no la institución de la oferta ni de la aceptación; aun cuando reconozcamos que estas herramientas otorgan un mejor servicio para el supuesto de oferta pública a personas indeterminadas o masivamente. El problema es considerar cuándo se

⁵³ De Buen Lozano, Néstor. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. UNAM. México. 1986. Pp. 184.

ha cerrado el *circuito oferta-aceptación* en la negociación contractual entre ausentes.

En la doctrina se han formalizado cuatro teorías: se admite que el contrato queda perfeccionado desde la aceptación (sistema de la declaración); pero, para algunos, ésta se produce cuando la persona a quien se le hace la oferta envía la respuesta al ofertante (sistema de expedición).

En cambio, existen otras situaciones más complejas: una que lo considera aceptado a partir de que el oferente recibe y conoce la aceptación de la oferta, para algunos presumida (sistema de recepción) y la otra que debe ser real, el conocimiento (sistema de la información).

“En la mayoría de Códigos Civiles, Comerciales y leyes de comercio electrónico, y en la mayoría de la doctrina, se considera que se adoptar un *sistema mixto*, conjugando la teoría de la emisión y la información”⁵⁴.

⁵⁴ *Ibíd.* Pp. 190.

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

3.1. INTERPRETACIÓN

3.1.1 CONCEPTO

Interpretar es una acepción *vulgar*; significa explicar o aclarar el sentido o significado de alguna cosa. Los romanos designaban como *interpre*s a quien haciendo las veces de adivino juzgaba lo venidero por las entrañas de sus víctimas; de ese modo *desentrañaba* el sentido que allí se encerraba.

Etimológicamente la voz *interpretación* deriva de *interpretari*, que lo hace de *interpreto*; ambas tienen su raíz en el vocablo *inter-proesum*, que significa *estar presente o servir de mediador entre dos*, y de allí su derivación más corriente: “explicación, declaración o determinación del sentido de una ley, contrato o sentencia cuando aparece oscura u ofrece alguna duda”⁵⁵; de allí que sea principio universalmente consagrado que cuando la ley o el contrato son claros y precisos no pueden ser desvirtuados por interpretaciones sobre la base del espíritu de las cláusulas, intención presunta del legislador o de las partes, finalidades perseguidas, etc.; en consecuencia, sólo se puede hablar de interpretación cuando la redacción de ley o de la convención da nacimiento a la duda, por ser confusa, oscura, ambigua, contradictoria, incompleta, etc.

⁵⁵ De Caso y Romero, E. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Tomo II. Barcelona. 1950. Pp. 2376.

En sentido epistemológico, “la filosofía nos dice que interpretar es conocer, por comprensión, cuál es el sentido que un signo expresa”⁵⁶. Entrando en el terreno jurídico y relacionando el vocablo analizado con la hermenéutica jurídica, se puede decir que ésta “es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios, las concepciones y los métodos interpretativos, es decir que la interpretación es la aplicación de la hermenéutica, pues ésta descubre y fija los principios que rigen a aquélla”⁵⁷.

Referido al tema de los contratos, y teniendo en vista que interpretar es comprender, se puede preguntar: ¿comprender qué?, y se puede responder: “comprender el significado, el sentido, del fenómeno cultural que como fenómeno jurídico que es el contrato, se halla compuesto por la expresión textual que lo explicita y la voluntad o conducta humana que lo vivifica, sucesivamente, con un sentido regulador y un sentido regulado”⁵⁸.

3.1.2 CONCEPCIONES INTERPRETATIVAS Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

La doctrina tradicional, al estudiar los métodos de interpretación, del Derecho, ha seguido en su exposición un procedimiento de enumeración,

⁵⁶ Recaséns Siches, Luis. LA NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1956. Pp. 7

⁵⁷ Linares Quintana, Segundo Víctor. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo II. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1958. Pp. 245.

⁵⁸ Gómez Leo, Osvaldo. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. Editorial de la Universidad de La Plata. Argentina. 1982. Pp. 146.

clasificación, análisis y desarrollo de los distintos métodos utilizados por la ciencia jurídica.

En cambio, la doctrina actual ha llegado a la conclusión de que “todo método de interpretación, como conocimiento de un objeto cultural que es, debe partir de un determinado punto de vista intelectual”⁵⁹, y si antes no se examina ese punto de partida, no se podrá apreciar el verdadero valor, ni el sentido de los conceptos obtenidos en la labor interpretativa.

I) Las concepciones interpretativas. Se entiende por concepción interpretativa a “aquel punto de vista intelectual que informa a un determinado método interpretativo, suministrándole su sentido filosófico, orientándolo y determinado su ámbito, límites y modalidades”⁶⁰. Las dos concepciones principales son: intelectualismo y voluntarismo.

La distinción entre ambas radica en que el intelectualismo, que comprende a los métodos gramatical, exegético, dogmático y de libre investigación científica, entiende que la tarea del intérprete es conocer el texto que tiene frente a sí –legal o convencional–, y que su acto de conocimiento se agota allí.

⁵⁹ Cossio C. EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1936. Pp. 126.

⁶⁰ IBÍDEM. Pp. 130.

Frente a dicha concepción, el voluntarismo, sin negar que al interpretar se verificar un acto de conocimiento, afirma que la tarea no se detiene allí, sino que “ella se integra por un acto de voluntad, es decir, que junto a la actividad intelectual aparece una voluntad creadora del intérprete”⁶¹.

Tal voluntad creadora se manifiesta en toda su amplitud en la escuela del derecho libre (voluntarismo amorfo) y, en forma más restringida, en la teoría pura de derecho (voluntarismo estructurado).

II) Los métodos de interpretación. Los métodos tradicionales informados por la concepción intelectualista son:

a) Método gramatical: es el más antiguo; la directiva es atenerse a las palabras contenidas en el texto a interpretar. Se recurre a la sinonimia, se analizan etimológicamente las palabras y se recurre a textos paralelos, generalmente a la Sagrada Biblia.

Este método fue usado con preferencia por los glosadores; según la concepción que lo informa, se trata de un *empirismo ingenuo*, ya que a las palabras se las toma como hechos en quien las usó y se ignora que ellas son parte de un

⁶¹ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1963. Pp. 126.

contexto más general que a su vez integra un orden estructurado, coherente y más general, como es el orden jurídico.

b) Método exegético: nace con la codificación y recibe su influencia; en él hay que reconocer el texto para conocer su significado jurídico, y, en caso de necesidad, remontarse a la intención del autor del texto a interpretar, que es donde se encontrará el verdadero sentido.

La tarea de búsqueda se realizará sobre las discusiones o conversaciones previas, discusiones anteriores, trabajos preparatorios, etc. Es decir que junto al análisis gramatical se halla ubicada y debe ser considerada la intención anímica del autor del texto a interpretar; por ello se lo califica como un *empirismo psicológico*.

c) Método dogmático: es el primero que estudia los textos a interpretar, no como simples hechos, sino como significaciones lógicas integrantes de un sistema coordinado y más general: el ordenamiento jurídico; de que allí la escuela que lo utilizó es la creadora de las grandes teorías jurídicas que se elaboraron sobre la base de las célebres *construcciones*, siendo éstas procesos racionales de comparación, abstracción y generalización que encuentran soluciones científicas a los problemas que plantea la realidad de la vida.

Su punto de vista intelectual es considerado un *racionalismo lógico*, ya que da primacía al pensamiento sobre la experiencia, a la vez que desarrolla una tarea, basada en operaciones lógico-formales; entiende, por tanto, que el texto interpretado se ha independizado de la fuente que le dio origen, contando con una significación propia, y ésta es la meta del intérprete.

d) Método de Gény: también llamado de libre investigación científica, dio un paso decisivo en la tarea interpretativa, afirmando, en la consideración específica de la interpretación de la ley, que ésta no es la única fuente del Derecho donde hay que indagar, aunque sí la primera y más importante.

Y así, si existe norma, ella deberá ser analizada según determinadas pautas: por ser la institucionalización de la voluntad del legislador cuando la sanción o la búsqueda de esa voluntad del autor será imprescindible e ineludible para determinar su sentido; las fuentes donde se dirigirá el intérprete en esa instancia serán análogas a las mencionadas al tratar el método exegético, aunque se le debe agregar los antecedentes históricos y la legislación comparada.

Si no existe ley, será necesario ir a las fuentes: la costumbre, la autoridad y la tradición, o, lo que es lo mismo, la jurisprudencia y la doctrina. Empero, lo verdaderamente novedoso, que abrió un ancho campo científico a la interpretación, se verifica cuando un problema jurídico no encuentra solución en las mencionadas fuentes; en tal caso, Gény aconseja recurrir a la libre investigación científica, donde

distingue dos clases de elementos: *racionales*, como son los principios de justicia, igualdad, orden, equidad, etc., y *objetivos*, que son los que emanan de la naturaleza positiva de las cosas interpretadas, como es la vida en sociedad, los principios morales, religiosos, éticos; todos ellos, principios en los cuales se deberían fundar las normas jurídicas, en ese momento existentes en el Derecho positivo.

Este método es informado por un *racionalismo metafísico*, porque, en definitiva, cuando no hay ley, el intérprete se dirige a los supuestos del derecho, aunque existiendo la norma, ella es la fuente de interpretación primera y fundamental. De estos métodos se debe señalar que, ellos son las herramientas que se ha usado y se debe usar en la actualidad para la tarea hermenéutica, pero “los juristas deben descartar la idea de un método perfecto, y deben hacerse cargo de que el verdadero problema para el intérprete no consiste en hallar ese pretendido método perfecto, sino en lograr que su valoración no sea arbitrariamente personal, sino que pueda ser calificada de objetiva”⁶².

3.1.3 INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DEL CONTRATO

Teniendo en visto lo que establecen la mayor parte de los ordenamientos jurídicos en materia contractual, en el sentido de que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una ley particular y propia, generalmente se está de acuerdo con la doctrina mayoritaria de que los métodos de interpretación ya

⁶² Aftalión, Enrique R. LA INTERPRETACIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Argentina. 2004. Pp. 836

expuestos, que pertenecen a la doctrina general del derecho, pueden ser utilizados en la interpretación de esa ley en pequeño que es el contrato (*lex contractus*).

Empero, se ha advertido en doctrina que no cabe transferir esquemáticamente los resultados de la interpretación de las leyes a la interpretación de los negocios jurídicos, dado que en algunas oportunidades los motivos que decidieron la sanción de la ley se independizan de ella, mientras que en los negocios jurídicos los hechos tienen plena relevancia; por ello se debe prestar especial consideración a algunos casos especiales: contratos por adhesión a condiciones generales, contratos-tipo, contratos a título gratuito, contratos unilaterales, etc.

“El fundamento de proponer el uso de los métodos de interpretación de la ley para los contratos, en términos generales, y sin perjuicio de las señaladas situaciones especiales, radica en que al contrato, como fenómeno cultural que es, a la vez que fenómeno jurídico, está integrado por la expresión textual que lo explicita y por la voluntad o conducta humana que lo genera”⁶³.

En la voluntad, se ha de distinguir dos momentos sucesivos: una primera, que se presenta con un sentido regulativo, es el nacimiento o creación, y un segundo momento, en que se presenta como conducta regulada, es el cumplimiento o ejecución del negocio jurídico. El texto ha de servir al intérprete de significación

⁶³ Danz, E. LA INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1958. Pp. 181.

lógica de lo que las partes han querido al contratar. “La conducta o voluntad allí encerradas y a su vez reguladas junto con el posterior comportamiento de los contratantes, o, lo cual es lo mismo, junto a la conducta consecuente, deberá ser desentrañado, comprendido y valorado por el intérprete sobre la base del esquema textual”⁶⁴.

En consecuencia, el intérprete deberá efectuar su función gnoseológica con ambos elementos, significación lógica y conducta, para aprehender el significado cultural que encierra esa declaración común (consentimiento), que sólo es, en definitiva, lo acordado por las partes a fin de regular o normar sus derechos, obligaciones y responsabilidad. O, en otras palabras, tanto al interpretar la ley como el contrato, el intérprete no puede desentenderse de efectuar valoraciones éticas, sociales y económicas, a fin de comprender la conducta vívida y vivida en el texto sometido a su consideración, por ser ellas esenciales a la vida de una colectividad jurídicamente organizada.

3.1.4 REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre las concepciones y métodos de interpretación del Derecho, su aplicabilidad a los contratos y las normas positivas vigentes, se deben enunciar una serie de pautas o reglas para efectuar el acto de conocimiento por comprensión que es la interpretación, a fin de traducir la conducta

⁶⁴ Recaséns Siches, L. VIDA HUMANA, SOCIEDAD, Y DERECHO. Editorial del Cardo. México. 1964. Pp. 25.

en palabras que permitan determinar los derechos y obligaciones que tal conducta permite imputar a las partes contratantes.

3.1.4.1 EL PRINCIPIO DE BUENA FE

a) Su significación en la teoría general de los contratos. “La buena fe es un principio superior y general de todo el ordenamiento social jurídicamente organizado, que en la jerarquía de los valores jurídicos se lo debe ubicar como valor fundamental”⁶⁵.

“Este principio domina en toda la vida del contrato, desde su nacimiento creación, como buena fe-creencia; luego durante su cumplimiento como buena fe-lealtad”⁶⁶, y aun, ante el supuesto de conflicto entre las partes contratantes, por divergencias en los derechos, obligaciones y responsabilidades que surgen de él, pues dicha convención debe ser interpretada, analizada y comprendida teniendo en cuenta el principio de buena fe. Por ello, se entiende que la buena fe es la *directriz fundamental* que debe dominar en la materia contractual.

3.1.4.2 BUSCAR LA INTENCIÓN COMÚN DE LAS PARTES

El objeto de la interpretación es complejo, integrado por la expresión textual que lo explicita y por la voluntad humana que lo vivifica; tal voluntad es regulativa, y

⁶⁵ Von Tuhr, A. LA BUENA FE EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO PRIVADO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1925. Pp. 337.

⁶⁶ Silveir, A. LA BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL. En: Revista de Derecho Procesal. Año. V. Buenos Aires. Pp. 228.

está formada por las voluntades unilaterales de cada uno de los contratantes; se debe concluir, pues, que la intención común de ellos será –luego de la directriz fundamental de la buena fe– lo más importante que deberá tener en cuenta el intérprete.

Éste, sea el juez o cualquiera de las partes, “deberá efectuar su actividad de búsqueda dentro de la voluntad común declarada, mediante la cual el contrato ha surgido a la vida”⁶⁷, pero si ese dato objetivo, independizado ya de quienes lo produjeron, no es suficiente para determinar el verdadero significado que sus autores le dieron al negocio jurídico, el intérprete deberá dirigir su atención a la voluntad o conducta jurídica que le dio vida, y aquí aparece el primer escollo, esto es, la distinción de lo que se debe entender por intención común y por intención individual de cada una de las partes.

Se puede decir que la *intención común* que el intérprete debe determinar es la que ambas partes tuvieron en mira al pronunciarse exteriormente, sus objetivos y sus aspiraciones al concluir el negocio, dejando de lado lo que cada uno en forma particular pudo pensar o querer, pero sin exteriorizarlo, es decir, sin que ese sentimiento interno haya tenido existencia o se haya manifestado frente a la otra parte para adquirir así la necesaria nota de comunidad (común-unió) y ser tenido en cuenta.

⁶⁷ Spota, Alberto. CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1965. Pp. 111

Ello es así, porque la buena fe exige que prevalezca la intención común “en tanto y en cuanto sea mediante la declaración, aunque en ésta se hayan usado expresiones pobres, poco claras o imprecisas”⁶⁸. Se debe destacar que esta pauta o directiva no induce a desembocar en un subjetivismo, pues nunca el intérprete podrá desvirtuar lo que las partes declararon bajo pretexto de que media disociación con la voluntad interna, si ésta no se patentizó con signos exteriores en la declaración de voluntad común.

3.1.4.3 LA CONSIDERACIÓN DE LOS TÉRMINOS UTILIZADOS SEGÚN EL USO COMÚN

Es un principio general de derecho que las palabras de los contratos deben ser entendidas con el sentido que le da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo. Ello significa que una de las partes no puede pretender asignar a las expresiones utilizadas un valor diverso del común, salvo que al hacerlo hubiera dejado establecido el uso particularizado que le pretendió atribuir.

En ese sentido se ha dicho que se le debe atribuir a la conducta aquel sentido que en la práctica social se le asigne para dar expresión a esa voluntad cuando las partes se sirven de los signos –bien en forma de palabras o por su conducta– que en la vida usual suelen ser empleados para tales fines económicos; “cuando ellas acuden al juez, éste deberá conocer el sentido de los signos de que las partes se

⁶⁸ IBÍDEM. Pp. 133.

servieron para dar expresión a su voluntad, y este conocimiento sólo lo da la experiencia de la vida”⁶⁹.

Esta regla viene a objetivizar a la anterior, ya que ella, de algún modo, en este movimiento pendular que esquematiza el orden de prelación que se propone, indaga la intención común pero declarada de las partes, para inmediatamente después retornar por medio de esta tercera directiva a una posición, razonablemente objetiva, que preserve el desborde de un posible giro dialéctico de algunas de las partes que pudiera generar inseguridad en el tráfico jurídico, pues “en los negocios jurídicos los hechos constitutivos del caso se hallan formados por declaraciones de voluntad de los hombres profanos, y lo característico de ello es que los efectos jurídicos que producen sean siempre los que corresponden al sentido de la declaración; el profano que vive en medio del pueblo, y sabe por ello con exactitud el sentido que se suele atribuir al modo de declarar una voluntad determinada, sabrá también los efectos jurídicos que ésta ha de acarrear en cada caso”⁷⁰.

Empero, habrá que dar relevancia al verdadero sentido que una de las partes ha querido dar a su declaración, si la otra tuvo conocimiento de ello, porque de otro modo se lesionaría la buena fe-creencia, ya que manifestada y conocida la intención en las negociaciones previas, por ambas partes, y si sólo por una deficiente

⁶⁹ Danz, E. Op. Cit. Pp. 180.

⁷⁰ IBÍDEM. Pp. 187.

expresión literal no se hubiera exteriorizado, no es un proceder leal querer valerse de tal circunstancia; pero bien entendido que esta atinada acotación es la excepción que confirma la regla enunciada *supra*, y tiene su fundamento en que el sentido que algunas de las partes ha querido dar a su declaración, integra la voluntad jurídica o regulativa, y como tal se la considera, pues la otra parte, por hipótesis, “tiene conocimiento del significado atribuido a las palabras de la declaración, y si se negare a reconocerlo habrá que ver si se alega un pacto expreso, según el cual las palabras discutidas deban tener en el negocio jurídico precisamente el sentido afirmado”⁷¹.

3.1.4.4 LA CONSIDERACIÓN DE LOS TÉRMINOS COMO INTEGRANTES DE UN CONTEXTO ÚNICO Y MÁS GENERAL

No sería razonable fraccionar arbitrariamente el texto del contrato en su interpretación de modo que sobre la base de una determinada cláusula se pueda contradecir, desvirtuándolo, el sentido de todo el contexto del contrato; el contrato es un todo, producto de la voluntad común declarada por las partes, en el cual la cláusula *dudosa* o ambigua debe ser axiológicamente relacionada con las otras expresiones claras y precisas que den su verdadero significado.

Con esta regla se efectúa un movimiento pendular, pero en este caso dentro de la misma directiva, pues en un primer momento metodológico no se le atribuye

⁷¹ IBÍDEM. Pp. 85.

relevancia a la expresión textual de la cláusula dudosa; es decir, se está dentro de la tónica de la teoría clásica o subjetiva, pero inmediatamente, en un segundo momento metodológico, se retoma el criterio objetivo seguido por la teoría moderna, del todo integral que es el contrato como voluntad declarada de las partes, y él prevalece ante el significado y aislado de la cláusula con una posible intención contraria al contexto general.

3.1.4.5 EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

A esta regla también se la designa como *principio del máximo significado útil*. Tiene su fundamento en que se debe presumir que las partes contratantes, en la generalidad de los casos, persiguen un objeto-fin individual, serio y amparado por el ordenamiento jurídico-legal, es decir que tienen apetencias que desean satisfacer, fines que desean que se cumplan.

“La aplicación de ella, además de efectuarse ante la circunstancia de una cláusula ambigua o poco clara, debe realizarse también respecto de todo el contrato”⁷², pues “lo que caracteriza al buen juez es su esfuerzo para que siempre quede claro, ante todo, el fin económico que persigue el negocio jurídico de que se trata, y para ayudar a las partes a alcanzarlo, a menos que la ley lo prohíba”⁷³.

⁷² Spota, Alberto. Op Cit. Pp. 127.

⁷³ Danz, E. Op Cit. Pp. 135.

Es necesario señalar que esta regla puede entrar en colisión con la que consagra el principio de *favor debitoris*, que aconseja resolver sobre la liberación de obligaciones ante la situación dudosa en cuanto a la existencia o no del vínculo obligacional. Empero, debe quedar claro que en caso de enfrentamiento entre ambas, habrá que tener en cuenta el orden de prelación que se enuncia y, por tanto, tendrá prioridad la presente regla, es decir que deberá entender que las partes al obligarse lo hacen para cumplir con lo pactado, y sólo será aplicable la anterior, cuando el caso dudoso no pueda ser resuelto por las reglas anteriormente enunciadas, entre las cuales se halla la que ordena tener en mira el máximo efecto útil o principio de conservación del contrato.

3.1.4.6 ATENDER AL SIGNIFICADO QUE MÁS CONVenga A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Esta regla tiene sus raíces en la ley de Partidas, que decía: “En caso de duda, y si pudiera valer el acto según los diversos sentidos de que fuera susceptible, debe el juez elegir el entendimiento más cercano a la razón y a la verdad”; es decir, que no es sino la aplicación de las reglas de equidad; que significa la aplicación de la justicia al caso particular.

Con esta regla se trata de preservar la voluntad común, pues usando de ella el juez efectuará una interpretación *razonable*, produciendo una sentencia que como norma individualizadora será justa para el caso particular y concreto para el cual se dictó. La jurisprudencia reiteradamente ha hecho aplicación de esta regla,

con especial resguardo de la interpretación contractual, ajustando sus resoluciones a la naturaleza de los contratos que según los casos ha considerado.

3.1.4.7 EL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

Según este principio, los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato que tengan relación con lo que se discute, será la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato. Ante este principio interpretativo, es necesario hacer una salvedad: “no solo se debe analizar la conducta posterior de las partes, sino que son de plena relevancia para la interpretación los hechos previos, simultáneos y sobrevinientes al contrato”⁷⁴.

Es decir, que se deben tener en cuenta, también, la conducta de las partes durante las negociaciones previas al nacimiento del acuerdo contractual, pues ello denotará cómo se formó la voluntad reguladora o normativa, cómo se fue gestando mediante sucesivas aproximaciones al acuerdo de voluntades como culminación de la conciliación de las ofertas de ambas partes, dando vida a la expresión literal que es el contrato, y que constituye para las partes esa ley particular.

Ese análisis de la actuación de las partes contratantes, habrá que balancearlo con un encuadre objetivo, pues es dable señalar que la carga de expresarse con claridad, en esa expresión literal que exteriorice el consentimiento,

⁷⁴ Malagarriga, C. C. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL. 3ª Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963. Pp. 8.

corresponde a aquel que la formuló, pues de él depende elegir los términos ajustados e idóneos para expresar sus pensamientos y deseos, ya que por más que la conducta anterior de una de las partes sea en un determinado sentido, si ella no llegó a ser exteriorizada en forma adecuada, no podrá ser tenida en cuenta, dado que la interpretación debe apoyarse no en la intención supuesta, sino en la intención manifiesta de los contratantes.

Junto a esos hechos previos de conducta, se deberá considerar el proceder observado por los contratantes en forma coetánea a la realización del contrato, porque puede ser indicador de cómo se formó el consentimiento, y, en caso de ser perceptible al intérprete, por medio de hechos exteriores, de pruebas, tiene igual trascendencia y no debe ser dejado de lado.

En un segundo tiempo metodológico, corresponderá analizar la voluntad o conducta de las partes, en sentido de conducta regulada, pues ella será utilizada como un criterio de interpretación de innegable valor hermenéutico; así se podrá aclarar cómo las partes entendieron que se debía cumplir el contrato, pues “si entre dos personas ha mediado durante un tiempo una conducta uniforme, un proceder al cual la vida le asigna, naturalmente, una determinada significación, el juez, cuando los hechos sean los mismos, deberá atribuirles también ese significado, a

menos que una de las partes haya declarado a la otra su voluntad de apartarse de aquella conducta”⁷⁵.

3.1.4.8 LA PRESUNCIÓN DE QUE LOS ACTOS COMERCIALES NO SON GRATUITOS

Este principio debe ser tenido en cuenta respecto de todo el derecho privado, cuando el intérprete se halle frente a un acto de comercio, sea objetivo, sea subjetivo, o sea unilateralmente comercial.

Habida cuenta de ello, el intérprete tendrá que tener presente esta directiva cuando se halle frente a un contrato civil que encuadre dentro de los conceptos expresados *supra*, y así será frente a un contrato de sociedad que se caracteriza por el fin de lucro, o cuando considere un contrato de arrendamiento.

3.1.4.9 LA CONSIDERACIÓN DE LOS USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES IMPERANTES

Este principio indica que el uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerán sobre cualquier interpretación en contrario que se pretenda dar a las palabras.

⁷⁵ Danz, E. Op Cit. Pp. 157.

A esta regla de interpretación se la debe completar, para el caso particular, con las normas positivas, ya que la regla-principio, da prevalencia al uso y práctica observados en la generalidad de los casos análogos al que se tenga que interpretar.

De este modo se pone coto a la posible pretensión unilateral de alguno de los contratantes que atribuya a su declaración de voluntad un alcance insospechado, antojadizo o fuera de lugar, dentro de lo que es común en el tráfico jurídico. Esa pretensión o inteligencia *antifuncional* no puede ser tenida en cuenta, pues implica el riesgo de sembrar la incertidumbre e inseguridad en las contrataciones; por ello, se reitera que esta regla particulariza las soluciones para el caso de los contratos, ya propiciada por las otras reglas más generales.

3.1.4.10 EL PRINCIPIO *FAVOR DEBITORIS*

Este principio ordena al intérprete que, en su tarea, cuando no ha podido desentrañar con las otras directivas lo que las partes han *querido* al contratar, debe estarse por la liberación del obligado. Es necesario reiterar aquí lo expresado sobre la posibilidad de colisión entre ambas reglas, y establecer claramente que en un contrato donde se han dado los diversos pasos previos para su consecución (negociaciones previas, ofertas mutuas, sucesivas aproximaciones y contrapropuestas), o sea, donde la voluntad regulativa ha tenido oportunidad de manifestarse con plenitud, este principio será el último, o de clausura, pues deberá ser utilizado *en los casos dudosos y cuando ellos no se puedan resolver según las bases establecidas*.

Este principio interpretativo final podrá cambiar de lugar en el orden de prelación, cuando haya que interpretar contratos de adhesión, o contratos-tipo, o a título de gratuito, dadas sus características peculiares.

CAPÍTULO IV

LAS CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES

4.1. EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

En la corriente individualista el ejercicio del derecho era absoluto y exclusivo, sea sobre las cosas o sobre los hechos o actitudes; la obligación, en este contexto, aparecía como restricción de la libertad y sólo se concebía por vía de la autonomía de la voluntad.

La aparición de juristas como Cimbali en Italia, Duguit en Francia, y Schaffle en Alemania, sentaron las bases para que el hombre, sin perder su dignidad, comenzara a considerarse como una parte del cuerpo social y que era necesario obrar en función orgánica; como consecuencia, los derechos debían ejercerse cumpliendo una función social, pudiendo el Estado asumir el poder de órgano supremo moderador.

En este marco comienza a surgir la teoría del ejercicio abusivo de los derechos, que fue la valla inicial que protegía ese interés social y se propagó a través de los institutos de la teoría de la imprevisión, lesión y más precisamente en la sanción del ejercicio abusivo de los derechos que se consagró en la mayor partes de ordenamientos jurídicos.

Más que una teoría, es un principio fundamental que recorre el ordenamiento jurídico, generando una nueva concepción que nos hace recordar las palabras de Josserand: “Los derechos tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concebido y tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse. No se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que los desbordan al mismo tiempo que los justifican”⁷⁶.

4.2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

El principio de la buena fe, como concepción jurídica, se halla expandida por todo el ordenamiento jurídico como un principio no concreto que lo complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad.

Pretender dar un concepto general de *buena fe* es imposible, ya que más bien se trata de una serie de criterios de orientación que requiere en cada caso una precisión distinta. Contiene un aspecto *subjetivo*, manifestándose en una *creencia*, postura que el ordenamiento jurídico *objetiviza*, no bastando en consecuencia con la simple creencia, sino que es necesario que el sujeto haya puesto la diligencia necesaria para alcanzar un exacto conocimiento de las circunstancias fácticas y legales de sus hechos y actos.

⁷⁶ Josserand, Louis. DERECHO CIVIL. Editorial Bosch. España. 1950. Pp. 138.

“El principio nos ayuda a situar la correcta posición del sujeto en la relación jurídica obligacional, lo que significa un límite en los derechos del acreedor y del deudor, requiriendo reciprocidad en el comportamiento debido y cuya finalidad es la de moderar la relación obligación”⁷⁷.

El artículo 669 del Código de Comercio, es la norma más representativa que contiene expresamente el principio de la buena fe y que brinda al jurista la posibilidad de *analizar la conducta de las partes* antes, durante y después del acaecimiento de los actos o hechos jurídicos y las relaciones emanadas, así como las circunstancias fácticas que los rodearon, obteniendo una visión más completa de ella, tanto en su estructura como en sus consecuencias.

4.3. CLÁUSULAS ECONÓMICAMENTE ABUSIVAS

“El contrato constituye una herramienta de la economía capitalista para la obtención individual de la tasa de beneficio y la mantención global del sistema. Esta situación ocasiona una constante tensión entre las empresas y los consumidores, como *agentes del mercado y sujetos universales del contrato* que tratan de imponer sus intereses; los unos, para mantener o aumentar aquella tasa de ganancia, y los otros, por reducirla y obtener mayor seguridad en los bienes y servicios consumidos”⁷⁸.

⁷⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa. México. 1960. Pp. 94.

⁷⁸ Rocco, Alfredo. PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931. Pp. 61.

Las empresas cuentan con dos herramientas para consolidar sus intereses: la metodología del contrato de adhesión y las cláusulas abusivas.

4.3.1 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Las empresas tienen una lógica microeconómica y el sistema económico capitalista, por ende, también lo tiene y ambos son coincidentes, interconectados e imprescindibles entre sí: esa lógica es *maximizar constantemente la tasa de beneficio*.

La inercia del sistema necesita de esta lógica por dos razones: “por un lado, es necesaria en las empresas una constante reinversión de parte de esas ganancias, para mantener el proceso tecnológico constantemente adecuado y ser competitivas respecto de las otras empresas en el mercado; y por otro, debe realizarse el proceso de acumulación capitalista, que necesita consolidarse en cada acto económico (contrato individual) y en la sistemática de la empresa como un todo económico”⁷⁹.

Los consumidores (como masa) procuran con su acción establecer una menor situación ponderativa de riesgo y otras veces un concreto deterioro en la tasa

⁷⁹ Ibidem. Pp. 65.

de beneficio, cuando ésta intenta ser una sobreganancia, con lo cual la empresa considera que debe prevenirse de esas situaciones.

Estas dos lógicas (la de mantener la tasa de beneficio y la previsión de riesgos) constituyen situaciones micro (empresa) y macroeconómicas (sistema) verificando una tensión permanente, que las empresas resuelven mediante la elaboración de los contratos de adhesión y de ciertas cláusulas que tienen como objetivo romper con esa situación de crisis (conyuntural-estructural) en su favor, y esto está entonces ínsito en la empresa y en el sistema, siendo imposible de evitar.

Estas cláusulas, entonces, que los abogados denominamos *abusivas* (leoninas), los economistas las denominan *maximizadoras de la tasa de beneficio* y los sociólogos, *cláusulas de crisis o de mantención de poder*.

Su objetivo es claro: “colocar a la empresa en mejor situación de poder, así como en lo económico, y consolidar la maximización de su tasa de beneficio. En este doble sentido, aparecen como legítimas o legitimadas, si las consideramos como expresión del *interés* de una parte y dentro del sistema económico capitalista”⁸⁰.

⁸⁰ Rivera, Herbert. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2008. Pp. 159.

4.4. CONTRATO CON CLÁUSULAS PREDISPUESITAS

“Estas cláusulas constituyen la característica usual de las contrataciones masivas; y no puede ser de otro modo, pues es una consecuencia de la necesidad de uniformar el contenido de contratos cuya celebración se ofrece al público en general en número casi ilimitado. Las cláusulas predispuestas pueden estar insertas en el documento que instrumenta el contrato, o pueden hallarse contenidas en otro documento o en un anexo al cual el contrato se remite. Puede figurar en carteles, avisos e, incluso, ser anunciadas verbalmente a través de altoparlantes, pero en todos los casos debe ser *conocibles* por sus destinatarios. Caracteriza a las cláusulas predispuestas su elaboración formal técnico-jurídica por obra y voluntad del predisponente (empresario), a efectos de fijar unilateralmente el contenido del contrato, lo cual elimina la posibilidad de cooperación de la otra parte”⁸¹.

Manifiesta Messineo que “si la cláusula predispuesta fuera la obra de ambas partes, sería el resultado de un acuerdo (lo cual es extraño a esa modalidad de contratación) y se transformaría, entonces, en el procedimiento típico de formación del contrato clásico y de las cláusulas particulares”⁸².

⁸¹ Rezzónico, Juan Carlos. CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESITAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1987. Pp. 134.

⁸² Messineo, Francesco. Op Cit. Pp. 239.

Quien predispone las cláusulas es llamado *predisponente* (por lo común el empresario), y lo hace primordialmente con el fin de facilitar, ordenar y asegurarse la contratación en serie.

a) Características de las cláusulas predispuestas:

La predisposición de la cláusula es el resultado de un poder del predisponente como manifestación unilateral de su autonomía privada. Se caracteriza por su *generalidad*, y de esto debería deducirse como consecuencia su *inderogabilidad*. Sin embargo, dentro del principio de la autonomía privada, es siempre posible su modificación o derogación, pues, salvo supuestos especiales, la cláusula predispuesta no es de orden público, ya que se establece en el interés privado del predisponente.

La generalidad de la cláusula trae como consecuencia su *uniformidad*, lo que no implica *rigidez*, pues es posible que existan negociaciones en supuestos determinados, en las que esta uniformidad sea tratada con cierta *flexibilidad*. Aunque puede darse el caso –excepcional– de cláusulas predispuestas que no revistan generalidad, sino que han sido previstas para un contrato en especial.

b) Aplicación de las cláusulas predispuestas:

Las cláusulas predispuestas constituyen un modo de expresar las *condiciones generales de contratación*, y están presentes tanto en los contratos de formulario como en los contratos por adhesión.

c) Necesidad de conocimiento de la cláusula predispuesta por parte del usuario:

“Por lo común, la cláusula predispuesta es formulada por escrito –en el texto del contrato o fuera de él–, pero también puede ser enunciada verbalmente. Para tener eficacia, debe ser *conocible* por los destinatarios y, además, *inteligible*, esto es, sus alcances deben ser entendidos por cualquier sujeto dotado de normal capacidad intelectual”⁸³.

El predisponente debe poner especial interés en imprimir a la cláusula ambas cualidades, utilizando para ello los medios o formas que permitan tener por probado su conocimiento por parte del usuario. Cuando la cláusula está inserta en el texto del contrato, el predisponente queda dispensado de probar su conocimiento por la contraparte, pues éste se presume.

Cuando el contrato reenvía a cláusulas o condiciones generales no incluidas en el texto, la contraparte podrá alegar y probar que no ha podido (empleando una diligencia normal) conocer el contenido de dicha condición; por tanto, no se encontrará vinculada a la cláusula ignorada.

En cuanto a la prueba del conocimiento, ella dependerá de las particularidades de cada caso.

⁸³ Rezzónico, Juan Carlos. Op Cit. Pp. 141.

d) La cláusula predispuesta en caso de conflicto acerca de su interpretación o validez y su influencia en el contexto general del contrato:

Manifiesta Santos Briz: “en las condiciones generales, a veces, se imponen pactos que, apartándose de las normas legales dispositivas, hacen recaer sobre una de las partes contratantes –más débil desde el punto de vista de su posibilidad de negociación– los riesgos que puedan derivar del cumplimiento del contrato; por ejemplo, por vicios de la cosa, o bien limitando la responsabilidad sólo a los casos de dolo (excluyendo la culpa) o hasta una suma determinada de daños, o incluyendo cláusulas de caducidad del derecho de la contraparte”⁸⁴. También es frecuente la cláusula de reserva (a favor de la empresa predisponente) de la propiedad de las mercancías entregadas, hasta el pago total del precio, y la de sumisión a los tribunales que resulten más cómodos a la empresa por su lugar de emplazamiento o sede.

Para determinar la eficacia de estas cláusulas, el juez habrá de tener en consideración las situaciones siguientes:

- 1) Conocimiento efectivo de las cláusulas predispuestas por parte del usuario.
- 2) Posibilidad de conocer la cláusula predispuesta cuando para ello sólo basta al usuario aplicar la diligencia ordinaria de un hombre promedio. Si

⁸⁴ Santos Briz, Jaime. DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO CIVIL. Editorial Revista de Derecho Privado. España. 1963. Pp. 200.

el usuario, empleando la diligencia ordinaria, hubiera podido conocer el contenido de la cláusula predispuesta, la falta de su efectivo conocimiento no puede ser alegada y deberá considerarse como si él la hubiera realmente conocido.

- 3) Si se trata de una cláusula predispuesta singular, va de suyo que la posibilidad de su eficacia depende de su inserción en un esquema contractual válido al cual accede. Es posible que el contrato pueda subsistir sin esa cláusula; pero ésta no puede subsistir sin el contrato, como consecuencia de la subordinación a que está sometida.

4.5. CONTRATO DE ADHESIÓN (O POR ADHESIÓN)

Como manifiesta Díez-Picazo: “la expresión *contrato de adhesión* fue propuesta por Saleilles, a principios de siglo y aceptada posteriormente por la doctrina francesa y la de otros países”⁸⁵.

Para Santos Briz esta locución no resulta muy acertada (aunque reconoce que es la más difundida) ya que de *adhesión* puede hablarse en numerosos casos en que el principio de autonomía de la voluntad tiene vigencia absoluta. Dice este autor: “la palabra *adhesión* tiene un significado tan general en nuestro idioma que

⁸⁵ Díez-Picazo, Luis. FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Tomo I. Editorial Civitas. España. 2007. Pp. 233.

no sirve para designar una categoría tan especial de contratos”⁸⁶. No obstante, reconoce que se trata de una terminología de aceptación casi universal.

En algunos ordenamientos la expresión *contrato de adhesión* (o por adhesión) se ha generalizado en la práctica, en la doctrina y en los fallos judiciales, aunque sin precisar unívocamente su concepto.

Para algunos existe una identidad entre esa denominación y las condiciones generales, pues lo característico es que el contratante debe someterse a las cláusulas predispuestas o bien abstenerse de contratar, como consecuencia de una situación de desnivel negocial.

Son contratos de adhesión entonces, aquellos cuyo *clausulado* general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales sin que el predisponente admita discusión alguna. En ciertos casos, también hay contrato de adhesión, aunque las condiciones generales no sean predispuestas por el poder administrador, como ocurre con el transporte público de pasajeros, donde todo o parte de su contenido es impuesto o ambos contratantes.

⁸⁶ Santos Briz, Jaime. Op Cit. Pp. 113.

Díez Picazo manifiesta que: “una de las partes –generalmente un empresario mercantil o industrial que realiza contrataciones en masa– establece contenidos prefijados y uniformes para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la actividad empresarial se realicen. La celebración del contrato no va precedida por una negociación entre las partes sobre su posible contenido, pues sus cláusulas deben ser pura y simplemente aceptadas por el cocontratante. Éste no tiene más alternativa que adherirse a un contenido impuesto previamente”⁸⁷.

Messineo explica que “el contrato de adhesión existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes, determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra en el sentido de *lo tomas o lo dejas*, sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo puramente o rechazarlo”⁸⁸.

¿Coinciden los conceptos de *contrato de adhesión* y de *condiciones generales*? Se puede afirmar que la existencia de las condiciones generales siempre implica un contrato de adhesión; éste se celebra sobre la base de las condiciones generales de contratación, pues a ellas se adhiere la otra parte. Aunque también podría darse el supuesto excepcional de un contrato singular con cláusulas predispuestas imperativamente por quien, en virtud de las especiales circunstancias del caso, resulta la parte fuerte de la relación contractual, sin que medie la existencia

⁸⁷ Díez-Picazo, Luis. FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Op Cit. Pp. 246.

⁸⁸ Messineo, Francesco. Op Cit. Pp. 242.

de condiciones generales. Esto podría ocurrir, y es lo que sucede generalmente, entre el fabricante de determinado bien –tutelado por una patente que le otorga un monopolio– y el empresario que tenga necesidad de adquirir ese producto, para poder continuar con la explotación de su empresa.

4.5.1 CONDICIONES GENERALES Y CONTRATOS POR ADHESIÓN

Son, pues, dos conceptos distintos, pero se integran a punto tal que, en la mayoría de los casos, resultan interdependientes. Las condiciones generales de contratación se caracterizan por ser concebidas con carácter uniforme para un número indeterminado de futuros contratantes que –se espera– requerirán masivamente los bienes y servicios que ofrece la empresa en el mercado. No se refieren a uno o más sujetos individualizados. Como señala Rezzonico, “la *abstracción* es una característica de las condiciones generales de contratación, pues las cláusulas están concebidas independientemente de una concreta relación contractual. De esto deriva que el cliente, al celebrar un contrato con este contenido, ha de someterse a las cláusulas predispuestas constitutivas de tales condiciones generales, lo cual implica, en definitiva, celebrar un contrato por adhesión; y esto podría inclinarnos a considerar que se trata de conceptos similares. En efecto, la expresión *contrato por adhesión*, tomada de la doctrina y jurisprudencia francesas a partir de Saleilles, se refiere a aquel negocio en que las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas; de modo que la otra

no tiene la posibilidad de introducir modificaciones; si no quiere aceptarlas, debe abstenerse de celebrar el contrato”⁸⁹.

Hasta aquí es difícil establecer una diferencia; pero cabe señalar que las condiciones generales de contratación tienen como características el hecho de que su contenido se basa en las cláusulas predispuestas por la empresa a fin de colocar a todos los que deseen contratar con ella a una misma situación jurídica; y esto como resultado de una necesidad propia de las contrataciones masivamente repetidas.

Las condiciones generales están dirigidas al público; en tanto que el contrato por adhesión tiene, además de la anterior, otras manifestaciones en el contrato *normativo*, en el contrato *tipo* y en el contrato *abierto*. En este último existe la posibilidad del ingreso de un tercero a una relación contractual preexistente (contrato plurilateral funcional) mediante su adhesión al contenido de dicha relación, tal como ocurre con el contrato de agrupación de colaboración entre empresas y con el contrato de unión transitoria de empresas.

Así, también cabe señalar que “la dicotomía entre contratante *fuerte* y contratante *débil* aparece en el contrato por adhesión dentro de ciertos límites, que

⁸⁹ Rezzónico, Juan Carlos. Op Cit. Pp. 168.

no existen, salvo excepciones, en las condiciones generales de contratación, dadas las propias exigencias de la comercialización masiva en estas últimas”⁹⁰.

4.5.2 EL CRITERIO RESTRINGIDO

“Cierta corriente de opinión entiende que el contrato por adhesión requiere que el predisponente goce de un monopolio u oligopolio que prive al adherente de toda posibilidad de discusión, lo cual constituye su característica”⁹¹. De acuerdo con este criterio, aunque se trate de un contrato de cláusulas predispuestas, no constituye un *verdadero contrato por adhesión*.

Según la corriente expuesta, para que se dé el caso de un contrato por adhesión, el predisponente debe gozar de un monopolio (u obligación), lo cual permite una clara y fácil diferenciación entre contrato sujeto a condiciones generales, ya que no todo convenio con estas últimas características es obra de una empresa que goce de posición monopólica. Sin lugar a dudas, toda vez que se dé esta circunstancia (monopolio u oligopolio) se estará ante un contrato por adhesión de carácter absoluto. Sin embargo, se puede hablar de contrato por adhesión, aunque no haya monopolio (u oligopolio), si las condiciones generales de contratación son establecidas en el comercio en masa, sin posibilidades de

⁹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. CONTRATOS. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1988. Pp. 92.

⁹¹ López de Zavalía, Fernando J. TEORÍA DE LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL. Zavalía Editor. Buenos Aires. 1997. Pp. 76-77.

discusión (por la propia modalidad de la comercialización masiva), lo cual impide la negociación caso por caso.

El hecho de que el cliente tenga la posibilidad de contratar con otra empresa le otorgará a la adhesión no un carácter absoluto, sino relativo. Cuando una persona desea comprar un automóvil de determinada marca, es verdad que puede elegir otra marca distinta; cuando el transporte automotor interurbano es cubierto por varias empresas, es cierto que el pasajero puede optar entre cualquiera de ellas; cuando hay varias salas de espectáculos cinematográficos, es verdad que el espectador puede optar; pero, en cualquiera de los casos, debe someterse a las condiciones generales preestablecidas por la empresa, sin posibilidad de discutir o intentar modificar el contenido del contrato. Y esto es lo que caracteriza al contrato por adhesión.

4.5.3 PROBLEMAS QUE PLANTEA EL CONTRATO POR ADHESIÓN

Dos son las cuestiones fundamentales que plantea el contrato por adhesión:

- 1) “La primera, consiste en determinar hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas ha tenido conocimiento de ellas y otorga, respecto de su contenido, un verdadero consentimiento y, en consecuencia, celebra un genuino contrato.
- 2) La segunda, estriba en resolver cuáles pueden ser los medios jurídicos para evitar o, en su caso, reprimir los abusos a que pueden dar lugar la

desigual posición y la diferente preparación técnica existente entre las dos partes (defensa frente al abuso de monopolio o abuso de posición dominante), y aminorar la posibilidad de que los empresarios dicten omnímodamente la ley del contrato. Se deben prohibir aquellas cláusulas consideradas exorbitantes. Para ciertas actividades existen reglas que imponen una intervención del poder público, sometiendo determinadas condiciones de la contratación por adhesión a la previa aprobación de un organismo administrativo (por ejemplo, en materia de seguros, transporte público, servicio telefónico)”⁹².

Por ello, la moderación de los abusos que puedan cometerse en la contratación por adhesión ha de llevarse a cabo, fundamentalmente, por vía jurisprudencial, desarrollando y desenvolviendo los principios generales del Derecho, sin que esto implique atribuir a los tribunales un arbitrario poder de revisión de los contratos. Sin embargo –sostiene Díez-Picazo–, “parece factible que partiendo del principio general de buena fe y de los principios de conmutatividad del comercio jurídico, se logren establecer ciertas líneas generales sobre el tratamiento de los contratos por adhesión que impidan el abuso, el autoritarismo, el aprovechamiento desmedido y la impunidad, por parte de las empresas predisponentes”⁹³.

⁹² Gutiérrez Falla, Lauriano F. DERECHO MERCANTIL. CONTRATO SOCIETARIO Y DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS ACCIONISTAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1988. Pp. 84.

⁹³ Díez-Picazo, Luis. Op Cit. Pp. 248.

4.6. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN EL TRÁFICO EN MASA Y LAS CLÁUSULAS LEONINAS O ABUSIVAS

4.6.1 EL PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES EN MASA

En la dinámica del comercio actual, el adquirente de los bienes o servicios que la empresa lanza masivamente al mercado se somete a las condiciones de contratación que ésta le impone. Mediante las cláusulas predispuestas, las condiciones generales del contrato y, por lo común, aprovechando su posición dominante en la contratación, las empresas procuran tener, frente a la parte contraria, posiciones jurídicas ventajosas de todo orden, para lo cual emplean *cláusulas abusivas*, en detrimento de los derechos del público consumidor.

Al respecto manifiesta Santos Briz: “una de las cuestiones que plantean las condiciones generales de los contratos y las cláusulas predispuestas, y cuyo estudio ofrece mayor interés, es el de las limitaciones que ha de señalarse en su contenido para poder salvaguardar la buena fe y la seguridad de la contratación, pues la libertad de estructuración del contenido del contrato no es ilimitada. La validez de las condiciones generales dependerá, por lo tanto, no sólo del examen de si han sido impuestas con abuso de una posición monopolica, o si su contenido se refiere a disposiciones inmorales o contrarias a las buenas costumbres o a la buena fe, sino también si son violatorias de las normas dispositivas, cuya vigencia es

desplazada frecuentemente por las cláusulas impuestas en las condiciones generales. Tales normas dispositivas tienen una función ordenatoria, basada en una situación normal de intereses valoradas por el legislador, que no pueden, sin más, ser excluidas. En ningún caso podrá ser tergiversada la ordenación de las relaciones jurídicas querida por la ley⁹⁴.

Toda vez que las condiciones generales impliquen una desviación de las normas dispositivas, los contratos concertados a tenor de éstas sólo podrán justificarse si existen razones objetivas que aconsejen una estructuración especial, y siempre que se observen los límites antes aludidos. Manifiesta Santos Briz: “En consideración a estos criterios nada habrá que objetar si, por ejemplo, una empresa que ha de llevar a efecto muchos contratos establece para facilitar su gestión condiciones uniformes de pago y de entrega para todos ellos, en tanto las condiciones negociales no impliquen una regulación inadecuada e injustificada, teniendo en cuenta la finalidad pretendida. Lo mismo puede decirse cuando los preceptos legales sancionadores de garantías en caso de vicios en las cosas son sustituidos para ciertos productos industriales por otras disposiciones de las condiciones negociales, estableciendo, por ejemplo, en lugar de la redhibición la reparación gratuita de la cosa en caso de manifestarse algún vicio en ella. En el examen de la adecuación y validez de estas condiciones ha de ponerse especial cuidado cuando a través de ellas se excluye o limita notablemente la

⁹⁴ Santos Briz, Jaime. Op Cit. Pp. 128.

responsabilidad por culpa. Semejante estipulación ha de considerarse por regla general inválida, salvo que la situación de hecho especial no corresponda a la regulada en la ley”⁹⁵.

Continúa manifestando Santos Briz, “todo esto determina, en ciertos casos, que se niegue validez a las cláusulas insertas en los contratos así concertados, aunque tales cláusulas no impliquen infracción alguna contra las buenas costumbres, pues siempre hay un interés general de carácter político del Estado en asegurar la soberanía de la ley”⁹⁶.

Este mecanismo de contratación, llevado a cabo mediante cláusulas predispuestas, responde a una necesidad del comercio moderno y no es posible suprimirlo, dadas las características de las contrataciones en masa que exige la economía actual. En consecuencia, resulta ineludible que la formación y ulterior desenvolvimiento de las relaciones contractuales queden sometidas a las condiciones dictadas por el empresario.

Entonces, manifiesta Stiglitz: “hace su aparición en escena la gran protagonista de esta técnica negocial: la cláusula abusiva, vejatoria, leonina, gravosa, onerosa, etcétera”⁹⁷.

⁹⁵ Santos Briz, Jaime. Op cit. Pp. 184.

⁹⁶ *Ibíd.* Pp. 182.

⁹⁷ Stiglitz, Rubén S. & Stiglitz, Gabriel A. CONTRATOS POR ADHESIÓN, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Depalma Editorial. Argentina. 1985. Pp. 95.

El problema de las cláusulas abusivas ha alcanzado tal magnitud que todo un arsenal normativo, un formidable esfuerzo doctrinal y la rica creación pretoriana que exhibe el derecho comparado apuntan a su control; una corriente doctrinal cada vez más amplia se orienta a este sentido.

4.6.2 LAS CLÁUSULAS LEONINAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES EN MASA

Constituyen cláusulas abusivas, que merecen ser revisadas por los tribunales, “las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por vicios en las cosas; las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte; las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa o establecen a su cargo, en concepto de indemnización por responsabilidad, sumas inferiores a las que puedan corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos, etcétera”⁹⁸.

En diversos ordenamientos jurídicos se ha tratado de poner freno a las cláusulas abusivas y al uso abusivo de cláusulas contractuales en detrimento del

⁹⁸ Retana, Eduardo. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SUS IMPLICACIONES POR NO EXISTIR UNA LEGISLACIÓN ADECUADA. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2008. Pp. 97.

trato equitativo y de buena fe que merecen los consumidores y usuarios. Los principios que emanan de estas normas deben aplicarse como principios generales a todos aquellos casos en que resulta víctima la parte débil desde el punto de vista negocial, pues se comprende que tales normas aplicables a toda relación contractual sean quienes fueren las partes. En tales casos, se entiende que, en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

En general, en la mayor parte de los ordenamientos se entiende que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En ese sentido, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Otro criterio prevaleciente es aquel que indica que, en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber

de información, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

En general, cuando en los ordenamientos exista una autoridad administrativa de aplicación de tales normas, esta vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas abusivas o leoninas. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

4.6.3 DIVERSOS CASOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS O LEONINAS

Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, “las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, por ejemplo, en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquélla)”⁹⁹.

⁹⁹ Puig, Federico. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. 3ra. Edición. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, España. 1976. Pp. 206.

4.6.4 CLÁUSULAS QUE PERMITEN MODIFICAR LAS PRESTACIONES QUE NATURALMENTE ESTÁN A CARGO DEL EMPRESARIO

Constituye un principio de seguridad jurídica la determinación del contenido de la prestación del contrato. Es indudable que el principio de la determinación rige para todas las prestaciones, pues de otro modo no existiría una obligación genuina. Este requisito esencial no puede ser alterado en virtud de cláusulas predispuestas que dejen al arbitrio del estipulante determinar el contenido, extensión y modalidades de cumplimiento de las prestaciones a cargo de una o de ambas partes, pues esto afecta la esencia misma del contrato.

En este aspecto los casos que ofrece el comercio actual son numerosos; por ejemplo, resulta casi una regla en el comercio de automotores nuevos que la parte vendedora se reserve la facultad de entregar la unidad elegida *u otra similar*, cuyo precio se determinará en el momento de la entrega, hecho que también queda sujeto al arbitrio de la vendedora.

En ese sentido, Rezzónico manifiesta que: “dentro de una justa ponderación de los intereses del estipulante –en el marco de su desenvolvimiento industrial o comercial– y del adherente, no se puede dejar la suerte del contrato prácticamente al arbitrio del primero. Tales cláusulas pueden resultar afectadas de invalidez, pues no se cumple de buena fe al entregar una cosa diversa de la prometida, al realizar

de distinta manera una obra, al cumplir en un plazo incierto, o al no informar, sino hasta último momento, cuál es el precio”¹⁰⁰.

4.6.5 EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

Lo expuesto anteriormente debe entenderse dentro de cierta razonabilidad. Así, el cliente deberá aceptar el cambio que implique una mejora del producto, siempre que ello no altere la finalidad que tuvo en mira al adquirirlo o no influya en el precio. Habrá que tener en cuenta, dentro de tal criterio de razonabilidad, la clase de prestación prometida, y la incidencia que puede tener, en el contenido de la prestación a cargo del predisponente, la evolución técnica de la empresa fabricante, o los cambios de construcción o presentación de lo vendido.

4.6.6 LAS CLÁUSULAS SOBRE EL PRECIO

Los contratos comerciales son onerosos y la onerosidad se manifiesta, salvo alguna excepción, en un precio determinado en dinero. Es verdad que la compraventa mercantil, establece como contraprestación a cargo del comprador la obligación de *pagar un precio convenido*, pero hablar de *precio convenido* es una expresión equivalente, pues el precio que se debe pagar es el estipulado en el contrato como resultado del acuerdo de las partes o el que resulte de ciertas circunstancias ajenas a la libre voluntad de una de ellas.

¹⁰⁰ Rezzónico, Juan Carlos. CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. Editorial Astrea. Argentina. 1987. Pp. 500.

Esto, que vale para los contratos negociados, pierde virtualidad en las contrataciones en masa, donde el precio está fijado unilateralmente por la empresa; lo cual adquiere connotaciones destacables en el caso de empresas que, en virtud de su posición dominante, ejercen una influencia decisiva en la formación de precios en el mercado.

a) *Facultad de modificar ulteriormente los precios originarios:*

Lo señalado anteriormente se refiere a la indudable limitación del cliente, frente al empresario, para convenir el precio. Pero más grave que esto es la cláusula –frecuente en los contratos no negociados– por la cual la empresa se reserva la facultad de reajustar el precio de la mercadería *hasta el momento de la entrega*, según parámetros que en apariencia no dependen de su decisión.

El empleo de estas cláusulas, manifiesta Rezzónico: “es, a menudo, atenuado por la indicación exhaustiva que figura en ellas de los motivos que pueden determinar el alza, como por ejemplo, el aumento del costo de las materias primas”¹⁰¹. De cualquier modo, corresponde analizar las cláusulas de este tipo, para verificar si se está desnaturalizando el contrato e incurriendo en abuso de la posición dominante o bien en abuso del derecho.

¹⁰¹ Rezzónico, Juan Carlos. Op Cit. Pp. 553.

En general, deben considerarse nulas aquellas cláusulas en las que se establece un pago diferido del precio, sin que el adquirente pueda calcular con exactitud cuánto va a tener que pagar.

La prohibición no afecta, lógicamente, a las condiciones generales que autoricen la determinación del precio en oportunidad de cada prestación, en los contratos de suministro cuya ejecución se extiende a lo largo del tiempo. “La prohibición se refiere a la compra de un producto o de una determinada cantidad de ese producto, aunque su entrega pueda aplazarse en el tiempo. La prohibición tampoco debe comprender la referencia a un precio de mercado sujeto a oscilaciones, siempre que, en principio, tal oscilación pueda producirse en ambos sentidos y no dependa de la voluntad de la empresa vendedora, o de la entidad que agrupe a las empresas expendedoras de dicho producto”¹⁰².

b) Imposibilidad de verificar la exactitud del monto facturado:

Esto constituye otro de los graves problemas a que se halla sometido el usuario en ciertos servicios (por ejemplo, el de teléfonos) en lo que la empresa ejerce un monopolio, y el usuario se ve constreñido a pagar el monto de una factura confeccionada fuera de toda posibilidad de control de su parte, bajo apercibimiento de corte del servicio.

¹⁰² Gutiérrez Falla, Laureano F. CONTRATO SOCIETARIO Y DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS ACCIONISTAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1988. Pp. 271.

“Es comprensible que la rapidez de las comunicaciones exige la presencia de la tecnología más avanzada, lo cual torna prácticamente ineludible que la facturación se confeccione sobre la base de los *pulsos* registrados; pero –por otro lado– no puede colocarse al usuario en una situación de indefensión total casi sometido a una verdadera *esclavitud* frente a la empresa, por cuanto a ésta se le otorga una presunción de infalibilidad”¹⁰³.

Las máquinas –así se trate de las computadoras más perfectas– pueden tener fallas, y no hay que descartar el error o el dolo de quienes las manipulan. Es muy difícil hallar en esta materia un justo equilibrio, que contemple con justicia los derechos y necesidades de ambas partes; pero no es conveniente dejar al arbitrio de la empresa la determinación del monto de la factura, y, además, otorgarle la facultad de erigirse en juez –al modo del señor feudal– y condenar al usuario a la pérdida del servicio, lo cual, en muchos casos es de consecuencias catastróficas para el cliente.

Ante una factura de servicio telefónico cuestionada, ¿a cargo de quién ha de estar el *onus probandi*? Los principios básicos del derecho procesal indican que ha de ser a cargo de la empresa. Por ello, las empresas telefónicas deberán adoptar sistemas de registraciones de *pulsos* que permitan cierto grado de verosimilitud y exactitud.

¹⁰³ Aguilar, Vladimir. DERECHO DE OBLIGACIONES. Editorial Serviprensa S.A. Guatemala. 2004. Pp. 183.

En el servicio de energía eléctrica y de gas cada usuario puede efectuar su control mediante el respectivo medidor, pero en el servicio telefónico el usuario carece de acceso a un control. Por tanto, en principio, las empresas telefónicas deben asumir el riesgo de la dificultad probatoria derivada del sistema que adoptan, y no pretender responsabilizar de ello al usuario.

4.6.7 CLÁUSULAS QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD DE CONTRATAR CON TERCEROS

“Esta limitación es usual en contratos de transferencia de tecnología. Se plantea, entonces, la pregunta de hasta qué límites es admisible que se prohíba el adherente celebrar contratos con terceros, así como exportar los productos que se obtengan con la aplicación de esa tecnología”¹⁰⁴.

La respuesta se debe buscar en los principios que inspiran a la teoría del abuso de derecho.

4.6.8 CLÁUSULAS QUE PERMITEN ALTERAR UNILATERALMENTE EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Manifiesta Bercovitz Rodríguez-Cano: “las condiciones generales que permiten a quien las utiliza alterar unilateralmente el contenido del contrato, incluso

¹⁰⁴ Stiglitz, Rubén. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994. Pp. 284.

poniendo fin a éste (resolución), son quizá las que resultan más claramente contrarias al equilibrio del contrato, por no decir al propio concepto de contrato”¹⁰⁵.

4.6.9 CLÁUSULAS QUE OTORGAN LA FACULTAD DE RESOLVER DISCRECIONALMENTE EL CONTRATO

Debe considerarse nula la cláusula que otorga al empresario la facultad de resolver discrecionalmente el contrato ya perfeccionado. Esta nulidad no se extiende, como es lógico, a la facultad de resolución por incumplimiento de la otra parte, ni cuando éste dependa de algún acontecimiento fortuito o mixto, ni cuando se trate de contratos sin término de duración que se prolonguen en el tiempo, como los de suministro.

Manifiesta Bercovitz Rodríguez Cano: “cabe entender que ‘la facultad de resolver discrecionalmente’ es la facultad de ‘resolver unilateralmente el contrato sin motivo válido y justificado’. Aunque no sea frecuente por parte de los empresarios el uso de esa facultad prohibida (al menos en la medida en que venga impuesta por condición general), puede quedar excluida la facultad de resolver el contrato celebrado a prueba”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto & Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 203

¹⁰⁶ *Ibidem*. Pp. 206.

4.6.10 CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD

Debe considerarse prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; más no a una persona determinada. Este principio es aplicable a la compraventa mercantil, pues no existe razón jurídica válida que otorgue fundamento a una cláusula de tal especie.

4.6.11 LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

El pacto o cláusula de exclusividad significa la obligación asumida por una parte de contratar solamente con la otra, en orden a la prestación de un bien o de un servicio determinado.

Este pacto implica una limitación a la posibilidad de contratar del sujeto que lo asume y, naturalmente, afecta a su libertad económica. Sin embargo, sería apresurado expedirse, sin más, por la invalidez de una cláusula de esta naturaleza, sin analizar previamente las particularidades de cada caso.

4.6.12 LAS CLÁUSULAS DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO

La tácita reconducción, o renovación automática del contrato, estipulada para el supuesto de que el adherente no formule su voluntad en contra con determinada antelación, puede significar para éste quedar vinculado por un plazo muy superior al previsto originariamente. Esta cláusula se predispone, frecuentemente, en los

contratos de duración tales como el suministro, seguro, prestación de servicios, suscripción a periódicos, etcétera.

“Cláusulas de esta naturaleza se vinculan y justifican, muchas veces, en orden a la planificación de la producción, por parte de la empresa predisponente, durante periodos prolongados. Ello se aplica especialmente cuando el empresario estipulante, en atención a los contratos celebrados y a las prórrogas previstas, ha hecho desembolsos en forma de provisiones o inversiones a veces tan elevadas, que un período corto de vigencia no arrojaría ninguna ganancia o, por el contrario, podría derivar en pérdidas”¹⁰⁷.

4.6.13 LAS CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXONERAN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA

La producción y el comercio de bienes llevados al mercado con la marca del productor o del distribuidor por distintos comerciantes que intervienen en la cadena de comercialización, hacen surgir problemas de responsabilidad en caso de vicios en tales productos. Ante esta eventualidad, el fabricante pretende exonerarse de responsabilidad frente al adquiriente con quien no ha contratado; y el vendedor, a su vez, pretende lo mismo, alegando no ser responsable por no haber fabricado el producto.

¹⁰⁷ Ruiz Rueda. EL CONTRATO DE SEGURO. UNAM. México. 1978. Pp. 176.

Las cláusulas sobre limitaciones a la responsabilidad que imponen las empresas se refieren, principalmente, a los casos de evicción y vicios redhibitorios, pero también suelen imponerse cláusulas que exoneran de responsabilidad por incumplimiento o mal cumplimiento del empresario predisponente.

“Un modo de excluir las responsabilidades, o atenuarlas sensiblemente, suele darse mediante cláusulas por las cuales se establezca un tope a las consecuencias patrimoniales a cargo del empresario por incumplimiento o mal cumplimiento, también, abreviando los plazos de prescripción en perjuicio del cliente”¹⁰⁸.

El problema que se plantea es de la validez o no de las cláusulas de esta naturaleza. Si se lanza un producto al mercado, no es lícito que el vendedor o el fabricante se exoneren de responsabilidad por vicios o defectos de la cosa. Distinto será el caso de un contrato negociado celebrado en forma particular, en el cual el comprador puede tomar a su cargo el riesgo de los vicios redhibitorios, de la evicción y, aun, el riesgo de la pérdida de la cosa, estando pendiente su entrega.

En cambio, en las ventas en masa, “las cláusulas exonerativas de responsabilidad son impuestas por el empresario e importan para el cliente, una renuncia a ciegas sobre la calidad de un producto que sólo conoce el fabricante y

¹⁰⁸ Urquidi Ballesteros, Manuel. LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS EN LOS CONTRATOS MERCANTILES. UNAM. México. 1946. Pp. 94.

que, en todo caso, debiera conocer quien lo comercializa, pero que escapa a toda posibilidad de control y de conocimiento por parte del público consumidor”¹⁰⁹.

Más grave resulta la cuestión cuando el predisponente procura liberarse de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su parte, con lo cual el contrato queda sujeto a su arbitrio, contrariando así el propio concepto de contrato, pues “cláusulas de este tenor privan a la obligación de su sanción jurídica, convirtiéndola en una simple obligación moral, sin garantía jurídica alguna para la otra parte”¹¹⁰.

Manifiestan Stiglitz y Stiglitz: “con cláusulas de esta naturaleza, por las cuales la obligación de resarcir queda sujeta a la voluntad exclusiva del deudor, se coloca la cuestión en los términos de las obligaciones sometidas a condición meramente potestativa que el Código Civil declara sin efecto.”¹¹¹.

4.6.14 LAS CLÁUSULAS QUE OBLIGAN A LA PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN

Es ésta una estipulación frecuente en los contratos con cláusulas predisuestas, en cuya virtud el consumidor se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente. Las empresas argumentan que no es posible tener que hallarse sometidas a la jurisdicción de cualquier tribunal, lo cual exige un

¹⁰⁹ Rossi, Guido. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN. Editorial Bosch. Madrid. 1957. Pp. 82.

¹¹⁰ Stiglitz, Rubén S. & Stiglitz, Gabriel A. Op Cit. Pp. 119.

¹¹¹ Ibídem. Pp. 121.

enorme despliegue de profesionales, gastos, y una compleja organización para ejercer cierto control sobre esta posible dispersión de juicios; pero a su vez el consumidor puede, con tal cláusula, ver cercenadas sus posibilidades de defensa en juicio, pues ello puede conducir a que le resulte prácticamente imposible acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos.

Piénsese, por ejemplo, en las cláusulas impresas en las prendas con registro constituidas a favor de sucursales o filiales de bancos extranjeros, en las cuales se establece la jurisdicción de los tribunales de Nueva York o de San Francisco; ¿qué cliente medio, incluso de recursos considerables, puede ir a litigar en esa jurisdicción?

4.6.15 OTRAS CAUSALES DE NULIDAD DE CLÁUSULAS PREDISPUESTAS

Bercovitz propone casos de nulidad según los cuales son nulas las cláusulas que: “a) otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato; b) impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, y c) supongan la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación”¹¹².

¹¹² Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto & Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. Op Cit. 228.

Menciona también entre las condiciones generales prohibidas, las que pretenden obligar al consumidor a adquirir, junto con el producto o servicio deseado, otro u otros que no lo son, o a pagar un mayor precio sin que haya prestación adicional alguna, así como los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento, aplazamientos, etc., que no se correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso.

4.6.16 REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Determinar si una cláusula predispuesta es abusiva y en qué medida puede morigerarse o bien declararla nula, requiere que ella sea interpretada, a fin de desentrañar su sentido y alcance, adecuarla al contexto del contrato y a lo que es de uso práctico en contratos de esa naturaleza.

4.6.17 REGLAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. EL PRINCIPIO BÁSICO EN LOS CONTRATOS NEGOCIADOS

Es un principio general en el derecho privado, que se considera fundamental en interpretación de los contratos, que debe buscarse *la intención común* de las partes. Esto vale para el caso de los contratos negociados; pero tratándose de un contrato no negociado, que se celebra sobre la base del formulario presentado por el empresario, o bien conforme a condiciones generales predispuestas, ¿se puede hablar de una intención común de las partes?

El tema adquiere su máxima expresión crítica en los contratos por adhesión y, sobre todo, en las denominadas *relaciones contractuales de hecho*; pero en mayor o menor medida, la cuestión se presenta en todos los casos de contratos estándares que constituyen la regla general en el tráfico en masa.

Dada la automatización a que se llega en la estandarización de las relaciones contractuales del comercio actual, la investigación de una intención común de las partes resulta improbable.

4.6.18 LAS CARACTERÍSTICAS DE LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

Las peculiaridades que presentan las condiciones generales de contratación y, por regla común, las cláusulas predispuestas, imponen al intérprete, en caso de duda, la necesidad de analizarlas con una óptica que mejore las reglas clásicas.

Rezzónico¹¹³ manifiesta que, en la interpretación de las condiciones generales, deben tenerse presente los siguientes principios (que entiende aplicables a todos los supuestos de contratos por adhesión):

¹¹³ Rezzónico, Juan Carlos. Op Cit. Pp. 573.

- a) El intérprete debe prescindir de las circunstancias particulares del caso y de la *voluntad común* de los contrayentes, pues se trata de un texto redactado no para ese supuesto, sino para la generalidad de casos, el cual –en cuanto a su contenido– refleja sólo la voluntad del predisponente. Todo esto –señala Rezzónico– tiene importancia fundamental para la interpretación, ya que otorga prioridad al punto de vista objetivo, salvo que con anterioridad haya existido entre las partes alguna relación relevante. Así se ha dicho en un fallo: *En la interpretación de los contratos por adhesión se debe acentuar el conjunto sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas, pues el otro, parte débil en el negocio, no ha tenido oportunidad plena de deliberar, sino que únicamente ha aceptado las fórmulas. Por lo tanto, y más allá de las palabras empleadas en dicho acto y de la declaración que hayan dado las partes en la causa, la índole particular del negocio debe determinarse con independencia de ello, según el contenido de las prestaciones y su causa. “La valoración de la común intención de las partes que hace el método subjetivo, es apropiada para la interpretación de los contratos negociados de tipo individual, en tanto que el método objetivo queda reservado a contratos comerciales en masa, en los que los usos tienen gran relevancia”*¹¹⁴.

¹¹⁴ IBÍDEM. Pp. 581.

- b) Como consecuencia de lo anterior, el intérprete debe acudir fundamentalmente a la buena fe con referencia a los usos del tráfico, tomando como criterio comparativo el comportamiento de un cliente común respecto de ese empresario concreto.

- c) También cabe tomar en cuenta los usos en el tráfico negocial entre empresas o entre comerciantes, y entre éstos y la clientela, de modo que tales usos del tráfico, adquieran el carácter de una conducta social típica en el mercado, en general, o dentro de determinado círculo como consecuencia de su generalidad.

- d) Las cláusulas predisuestas ambiguas o contradictorias deben interpretarse en contra del estipulante: se trata de una regla antigua y muy difundida –explica Rezzónico– utilizada en las hipótesis en que el contenido contractual es obra de una sola de las partes; se atribuye a ésta la responsabilidad, ya que si es quien dispone del poder de expresarse, debe hacerlo con claridad.

- e) En la interpretación de las condiciones generales, cierta doctrina señala alguna similitud con el sistema interpretativo propio de la ley; pero esto es muy relativo, pues las condiciones generales son obra del empresario en defensa de su interés particular. Ello debe tenerse presente como característica importante, lo que no ocurre en la interpretación de la ley.

“Es propio acudir al método objetivo para interpretar las cláusulas predispuestas, pues se hace necesario referirse a datos objetivos, como los usos y prácticas en los negocios de igual naturaleza, o la aceptación recibida en el medio social”¹¹⁵; pero esto no faculta a establecer identidad con el método de interpretación de la ley.

- f) En caso de que exista excesivo rigor para el cliente, se debe apelar a la interpretación restrictiva, bajo invocación de la buena fe, y rechazar el abuso de derecho, como principio básico que debe regir en toda relación contractual.

- g) Una cuestión muy seria que plantean los contratos sujetos a condiciones generales, es que la interpretación que se haga en un caso particular puede conducir a la determinación del significado de dichas cláusulas en millares de contratos de igual redacción, lo que no impide que cada juez los interprete de un modo diferente. La equidad exige que una misma cláusula, repetida en cientos de contratos, no reciba una interpretación distinta según los jueces llamados a precisar su sentido. Esta circunstancia impone a cada juez la necesidad de no perder de vista el interés general, a pesar de que él decide en un caso litigioso aislado, y

¹¹⁵ IBÍDEM. Pp. 581.

tener en cuenta que su interpretación puede resultar orientadora para un número indeterminado de casos semejantes.

- h)* En cuanto al supuesto de desperfectos en el bien adquirido, la reparación constituye, sin duda, el remedio por excelencia de los mencionados vicios, adecuado para satisfacer los intereses del consumidor con el menor costo para el empresario, cuando éste es también productor o fabricante.

De ahí que, como se ha señalado acertadamente en la doctrina, “aunque la exigencia de reparación no esté prevista en la compraventa, se debe incorporar a ella cuando el vendedor (o, en este caso, el garante) sea fabricante y tenga capacidad para satisfacerla. Se trata de una integración del contrato de compraventa con efectos que proceden del contrato de obra”¹¹⁶.

4.6.19 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO RECTOR

Se puede decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos, conforme al principio sustentado en el artículo 669 del Código de Comercio.

¹¹⁶ Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto & Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. Op Cit. 219.

“La doctrina ha acudido a figuras jurídicas amplias para poder un límite a los excesos de las condiciones generales: abuso del derecho, buena fe, función social, buenas costumbres, moral social, orden público económico”¹¹⁷.

Pero el punto básico lo constituye la *buena fe*, entendida aquí en el más amplio sentido que le otorga el artículo 669 del Código de Comercio, es decir, desde antes de la celebración del contrato, en el momento de formalizarlo y durante su ejecución, conforme a lo que la doctrina mide con el parámetro de lo razonable, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes. En general, la mayoría de los ordenamientos imponen como lesivas o abusivas para éstos las condiciones generales que no respeten la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones.

En muchos ordenamientos jurídicos está permitida la modificación de los tipos contractuales; cabe estipular la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia a la aplicación de la ley.

¹¹⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. UNAM. México. 1990. Pp. 183.

CONCLUSIÓN

El contrato constituye una fuente de obligaciones. Es una especie del género *convenio*. El primero sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntad por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; pues cuando se modifican o extinguen obligaciones, lo correcto sería el empleo del término *convenio*. Determinada doctrina manifiesta que, los contratos de adhesión en realidad no son contratos ni declaraciones unilaterales de voluntad, de manera que, si bien son actos plurilaterales y sí existe libertad para celebrarlos, bien puede negarse válidamente que sea igual libertad la que tienen las partes.

Otra doctrina, la corriente contractualista, manifiesta que debe distinguirse entre libertad de contratar y libertad contractual, y que basta la existencia de la primera, por graves que sean las restricciones a la segunda. De conformidad con los artículos 1517 y 1520 del Código Civil de Guatemala, los denominados contratos de adhesión tienen la naturaleza jurídica de (valga la redundancia) contratos, esto, sin perjuicio de que, en el mundo del ser, alguna o algunas de las partes, se vean forzadas a manifestar su consentimiento ante la imposibilidad práctica de optar por otra opción, y a pesar de que las prestaciones y demás circunstancias de la contratación sean determinadas por una sola de las partes. Las reglas jurídicas de interpretación de los contratos mercantiles se encuentran en los artículos del 669 al 694 del Código de Comercio. Además de dichas reglas, es necesario tomar en cuenta principios jurídicos como la verdad sabida, la buena fe guardada, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Las cláusulas abusivas pueden clasificarse en *genéticas* y *sobrevinientes*. Las *genéticas* se establecen en la génesis del contrato,

por ejemplo, establecer una cláusula penal ante el incumplimiento del consumidor, pero no regulan ninguna sanción para el incumplimiento del empresario. Las *sobrevinientes* aparecen también de forma *genética* y de aparente situación igualitaria y respetuosa del derecho del consumidor, pero posteriormente se tornan en su contra. El contrato por adhesión es una forma de negociación intermedia entre la negociación individual y la *adhesión in totum* (adhesión total o completa). Esto tiene correlatividad con la metodología contemporánea de producción de bienes y servicios, y proviene de un comportamiento inelástico o insensible respecto de otros competidores, por acuerdo o por supremacía de mercado. La calificación de las cláusulas abusivas como “leoninas” (aquellas en las que se pacta un beneficio desmedido para una parte en lesión o perjuicio para la otra parte), es notoria. Estas cláusulas, además, importan la vulneración de otras pautas distintas a la ley, que también regulan las relaciones contractuales (costumbres, usos, etc.).

Siguiendo esta línea argumental, es procedente la declaración judicial de nulidad de las cláusulas abusivas, en virtud de constituir un vicio de la voluntad o del consentimiento. Se trataría de una nulidad parcial, que afecta la condición opresiva, pero sin perjuicio de la subsistencia del contrato, cuyo contenido integrará el juez con las normas imperativas y supletorias de las que se aparta el predisponente en la cláusula viciada. Constituirá nulidad parcial, siempre que la cláusula leonina sea separable de las demás. Si los términos de las condiciones generales comprometen elementos esenciales del contrato, la nulidad alcanzará a todo el negocio. Puede preguntarse sobre si se admite la convalidación de la

cláusula abusiva mediante la expresa aprobación por escrito del adherente. Ello dependerá del interés tutelado por la sanción de nulidad: cuando la cláusula contraríe el orden público, la nulidad será absoluta y, por ende, insusceptible de confirmación.

En la teoría de la interpretación de los contratos con cláusulas predispuestas se han enunciado algunos principios que pueden estar comprendidos taxativamente en los ordenamientos jurídicos, pero rigen como pautas interpretativas en caso no lo estuvieran: A) Principio “contra proferente” (interpretación en contra del predisponente); B) Principio de reconocibilidad de las obligaciones; C) Principio de claridad; D) Principio de la prevalencia de las condiciones particulares; E) Principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas y; F) Principio de inequivalencia de las condiciones generales a los usos y costumbres. En términos generales puede afirmarse que como resultado de la investigación realizada, puede verificarse la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación en virtud de que del resultado de la investigación, se determinó en la doctrina investigada la violación de la autonomía de la voluntad de la parte que no tuvo oportunidad de participar en la redacción de las cláusulas de los contratos de adhesión por ser estas predispuestas y redactadas por la parte económicamente más fuerte en la relación contractual, así como que no existen normas en el ordenamiento jurídico que prohíban expresamente la consignación de dichas cláusulas, en observancia precisamente del principio de libertad contractual y de autonomía de la voluntad, pues esta última tiene como límites únicamente, el orden público, la moral y las

buenas costumbres, y por otro lado, el dinamismo y la rapidez propias del comercio hacen difícil el encasillamiento de los contratos de adhesión en un modelo único.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aftalión, Enrique R. LA INTERPRETACIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Argentina. 2004.
2. Aguilar Carbajal, Leopoldo. CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1982.
3. Aguilar, Vladimir. DERECHO DE OBLIGACIONES. Editorial Serviprensa S.A. Guatemala. 2004.
4. Aguilar, Vladimir. EL NEGOCIO JURÍDICO. Editorial Serviprensa S.A. Guatemala. 2003.
5. Althusser, Louis. EL CAPITAL. Editores Siglo XXI. Buenos Aires. 1978.
6. Ascarelli. APUNTES DE DERECHO COMERCIAL. SOCIEDAD Y ASOCIACIONES COMERCIALES. Citado por: Rodríguez Rodríguez, Joaquín. TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1981.
7. Barrera Graf, Jorge. ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL. UNAM. México. 1958.
8. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto & Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
9. Bianca, Cesare Massimo. DERECHO CIVIL III. EL CONTRATO. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

10. Broseta Pont, Manuel. MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
11. Cabanellas, Guillermo. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. 11ª. Edición. Editorial Eliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1976.
12. Cervantes, Raúl. DERECHO MERCANTIL. VI tomo; 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 1985.
13. Corgoro, Eduardo. TEORÍA Y TÉCNICA DE LOS NUEVOS CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Merui, Argentina. 1979.
14. Cossio C. EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1936.
15. Danz, E. LA INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1958.
16. De Buen Lozano, Néstor. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. UNAM. México. 1986.
17. De Caso y Romero, E. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Tomo II. Barcelona. 1950.
18. De Cossio, Alfonso. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977.
19. De Ruggiero, Roberto. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Editorial Reus. España. 1994.
20. Díez-Picazo, Luis. FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Tomo I. Editorial Civitas. España. 2007.

21. Donaldson, Elvin. ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL. Editorial McGrall Hill. Nueva York. 1938.
22. Escobar Sanín, Gabriel, NEGOCIOS CIVILES Y COMERCIALES. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 1994.
23. Espin Cánovas, Diego. MANUAL DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. 3er. volumen. 4ª. Edición. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1975.
24. Farina, Juan. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1993.
25. Farina, Juan. CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS. MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EMPRESARIAL. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1999.
26. Foucault, Michel. LA ARQUEOLOGÍA DEL SABER. Editorial. Siglo XXI. Buenos Aires. 2004.
27. Gasperoni, Nicola. LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Bosch. Madrid. 1950.
28. Gómez Leo, Osvaldo. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. Editorial de la Universidad de La Plata. Argentina. 1982.
29. Gutiérrez Falla, Laureano F. CONTRATO SOCIETARIO Y DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS ACCIONISTAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1988.
30. Gutiérrez Falla, Lauriano F. DERECHO MERCANTIL. CONTRATO SOCIETARIO Y DERECHOS INDIVIDUALES DE LOS ACCIONISTAS. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1988.

31. Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. UNAM. México. 1990.
32. Hartmann, Nicolai. ONTOLOGÍA: EL PENSAR TELEOLÓGICO. Fondo de Cultura Económica. México. 1964.
33. Illescas Ortiz, Rafael. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Editorial Ramon Areces, Madrid, España 2003.
34. Illescas Ortiz, Rafael. DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2003.
35. Jaramillo J., Carlos Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS. Editorial Temis. Bogotá. 1980.
36. Josserand, Louis. DERECHO CIVIL. Editorial Bosch. España. 1950
37. Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DE DERECHO. UNAM. México. 2010.
38. Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1963.
39. Larroumet, Cristian. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá. 1993.
40. Linares Quintana, Segundo Víctor. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo II. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1958.
41. López de Zavalía, Fernando J. TEORÍA DE LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL. Zavalía Editor. Buenos Aires. 1997.
42. Lozano Noriega, Francisco. CONTRATOS. Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México. 1986.

43. Malagarriga, C. C. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL. 3ª Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1963.
44. Mantilla Molina, Roberto L. DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979.
45. Messineo, Francesco. MANUAL DE DERECHO CIVIL COMERCIAL. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.
46. Mignoli, A. LA PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. Editorial Bosch. Madrid. 1965.
47. Mosset Iturraspe, Jorge. CONTRATOS. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1988.
48. Puig, Federico. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. 3ra. Edición. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, España. 1976.
49. Recaséns Siches, L. VIDA HUMANA, SOCIEDAD, Y DERECHO. Editorial del Cardo. México. 1964.
50. Recaséns, Siches, Luis Pedro Alejandro. LA NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1956.
51. Retana, Eduardo. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SUS IMPLICACIONES POR NO EXISTIR UNA LEGISLACIÓN ADECUADA. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2008.
52. Rezzónico, Juan Carlos. CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS. Editorial Astrea. Argentina. 1987.

53. Rivera, Herbert. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2008.
54. Rocco, Alfredo. PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931.
55. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa. México. 1960.
56. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. DERECHO MERCANTIL. Editorial Porrúa. México. 1967.
57. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1981.
58. Rossi, Guido. BENEFICIO PRESUPUESTARIO, RESERVAS Y DIVIDENDOS. Editorial Bosch. Madrid. 1957.
59. Ruiz Rueda. EL CONTRATO DE SEGURO. UNAM. México. 1978.
60. Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. 1993.
61. Sánchez Torres, Eloy. USUFRUCTO DE ACCIONES DE SOCIEDADES MERCANTILES. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1946.
62. Santos Briz, Jaime. DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO CIVIL. Editorial Revista de Derecho Privado. España. 1963.
63. Scognamiglio, Renato. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1991.

64. Sierra, Eliseo. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Universidad Autónoma de Barcelona. España. 2005.
65. Silveir, A. LA BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL. En: Revista de Derecho Procesal. Año. V. Buenos Aires. 1947.
66. Solá Cañizares, Felipe. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. Tomo III. Editorial Montaner y Simón. Barcelona. 1958.
67. Spota, Alberto. CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1965.
68. Stiglitz, Rubén S. & Stiglitz, Gabriel A. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992.
69. Stiglitz, Rubén S. & Stiglitz, Gabriel A. CONTRATOS POR ADHESIÓN, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Depalma Editorial. Argentina. 1985.
70. Stiglitz, Rubén S. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y REVISIÓN DEL CONTRATO. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1992.
71. Stiglitz, Rubén. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994.
72. Touffer, Alvin. EL SHOCK DEL FUTURO. Plaza & Jane's Editores, S.A. Barcelona. 1973.
73. Uria, Rodrigo. DERECHO MERCANTIL. Vigésimo octava edición. Editorial Marcial Pons, 2001.
74. Urquidi Ballesteros, Manuel. LAS ACCIONES PREFERENTES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. UNAM. México. 1946.

75. Vallespinos, Carlos G. EL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES. Editorial Universitaria de Buenos aires. Argentina. 1984.
76. Vásquez del Mercado, Óscar. CONTRATOS MERCANTILES. Editorial Porrúa. México. 1994.
77. Verón, Alberto & Zunino, Jorge. REFORMAS AL RÉGIMEN DE SOCIEDADES COMERCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.
78. Vivante, César. DERECHO MERCANTIL. Volumen II. Valletta Ediciones. Buenos Aires. 2005.
79. Von Tuhr, A. LA BUENA FE EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO PRIVADO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1925.
80. Wieland, Karl. DERECHO MERCANTIL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1995.