

LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO DEL PARAGUAY*

Sumario: 1. Introducción. 2. El contrato de adhesión y su relación con el contrato de consumo. 3. Noción y características de las cláusulas abusivas. 4. Protección frente a las cláusulas abusivas en la Ley n.º 1334/98 de Defensa del Consumidor y Usuario. 5. Efectos de las cláusulas abusivas. 6. Conclusiones

1. Introducción

En el presente artículo, se intentará dar una noción general sobre el contrato de adhesión y su vinculación con los contratos de consumo. Asimismo, se comprobarán los motivos por los cuáles en los contratos de consumo existe un campo propicio para la inclusión de cláusulas abusivas por parte del proveedor.

Posteriormente, nos adentraremos a analizar cuáles son las herramientas utilizadas por el legislador Paraguayo para proteger al consumidor y al usuario y, a su vez, limitar al proveedor el empleo de las cláusulas abusivas, todo ello en la búsqueda del equilibrio de la ecuación jurídica y económica de la relación contractual.

2. El contrato de adhesión y su relación con el contrato de consumo

El contrato de adhesión se caracteriza por ser el resultado de un proceso histórico que se inicia con la Revolución Industrial¹. Representa una estructura contractual nacida al amparo de la producción seriada como fórmula de agilización y aceleración del intercambio².

El origen de este fenómeno es la necesidad de bajar los costos de transacción: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario³.

* **Publicado en:** Revista del Derecho del Consumidor Nro. 10, Abril 2021, Instituto Argentino del Derecho del Consumidor, Fundador Gabriel Stiglitz, Directores Carlos Hernández, Sandra Frustabli y Sergio Sebastián Barocelli. IJ Editores, cita IJ-MCXLIII-415.

¹ GHERSI, Carlos; *Contratos de Consumo*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 26.

² Cfr. LOVECE, Graciela; *Cláusulas y prácticas abusivas*, en: "Manual de derechos de usuarios y consumidores", GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia; Buenos Aires, La ley, 2011, p. 180.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 62. "Conforme empezó a cobrar auge la contratación masiva, el contrato tradicional (contrato negociado) carecía de rapidez para lograr un gran número de transacciones comerciales a un menor costo, por lo que se requería de una solución jurídica que otorgase validez y eficacia a las relaciones jurídicas celebradas en masa" (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; *Cláusulas generales de contratación y cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, en: "Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP (OEA)", Coord. Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, Asunción, La Ley Paraguaya, 2007, ps. 555 y 556).

Lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos, de tal forma que, sin suprimir el consentimiento, pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. Para ello, es necesaria la estandarización del esquema contractual y así reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones del contrato⁴.

La denominación contratos de adhesión –adoptada circunstancialmente por Saleilles– ha sido propagada en países como Francia e Inglaterra (*contracts of adhesión, standard form contracts*), en tanto que en Alemania, Italia y España ha proliferado la de condiciones generales de los contratos o condiciones negociales generales⁵.

En el contrato de adhesión, las partes no negocian las cláusulas, puesto que una de ellas es la que predispone su contenido, en razón de su mayor poder de negociación, siendo que la contraparte sólo se adhiere al mismo, ya que no le queda otra alternativa que aceptar o no la oferta; así, la libertad contractual del adherente se encuentra limitada a la facultad de contratar o no hacerlo.

Tal como lo indica **Rubén Stiglitz**: “La configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido”⁶.

El doctrinario **Carlos Alberto Soto Coaguila** señala que hoy en día la mayoría de los contratos que se celebran ya no son producto de la libertad contractual de ambos contratantes, puesto que, por lo general, los contratos se celebran por adhesión y, por ende, el contrato por negociación ha sido ampliamente rebasado por la contratación masiva o predispuesta⁷.

A su vez, hay que resaltar que la mayoría de los negocios jurídicos de consumo se instrumentan a través de contratos de contenido predispuesto y celebrados por adhesión a condiciones generales predeterminadas por el proveedor, que no pueden ser discutidas por el consumidor al eliminarse la etapa de las tratativas precontractuales⁸. No obstante, cabe aclarar que en la doctrina actual se considera que también en los contratos que se encuentran fuera del ámbito del consumo se pueden imponer cláusulas abusivas⁹.

⁴ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; op. cit., p. 555.

⁵ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; *Curso de Contratos*, 1ª ed., Asunción, Intercontinental, 2015, p. 288.

⁶ STIGLITZ, Rubén; *Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas*, en: RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 125.

⁷ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; op. cit., p. 553.

⁸ Cfr. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura; *Cláusulas abusivas en contratos de consumo. Su previsión en Latinoamérica. La posible influencia del proyecto de CIDIP VII*, en: “Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP (OEA)”, Coord. Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, Asunción, La Ley Paraguay, 2007, p. 362.

⁹ En tal sentido, **Noemí Nicolau** manifiesta: “... las cláusulas predispuestas constituyen una modalidad que puede

La empresa predispone anticipadamente un esquema contractual, ofreciendo una simple adhesión de los consumidores mediante cláusulas uniformes que serán aplicadas indistintamente a toda esta serie de futuras relaciones contractuales. Es decir, el contrato sigue al modelo de producción y al ser éste en serie, impone que su comercialización siga esa modalidad, lo que produce que se efectúe masivamente¹⁰.

El fenómeno encuentra gran expansión en el siglo XX, en el que prolifera la contratación en masa, en distintas órbitas, como, por ejemplo: seguros, transporte terrestre, marítimo o aéreo, bancos, compraventas en masa, suministro de luz, agua, telecomunicaciones, hospedaje y turismo, depósitos en almacenes generales, publicidad, espectáculos públicos (cine, teatro, deportes), etcétera¹¹.

La dinámica económica indujo a los productores de bienes y prestadores de servicios a aplicar con mayor fuerza los principios de racionalidad y masificación. Los productos debían tener el menor costo posible de producción y, a su vez, lograr el mayor aprovechamiento económico. Por tal motivo, se debía calcular con antelación las condiciones en las cuales podía ser ofrecido un producto para que el mismo logre el mayor porcentaje de beneficio¹².

emplearse, y de hecho se emplea, cada vez con mayor frecuencia en todas las actividades y, por tanto también, en los contratos entre empresas y entre particulares que no están vinculados por una relación de consumo... Respecto al abuso de derecho en la predisposición contractual, ya no interesa tanto en la actualidad saber si se está frente a una relación de consumo, como conocer si se trata de un contrato impuesto por la parte predisponente a un contratante que pueda ser calificado como débil jurídico. Durante largo tiempo se negó la posibilidad de que en las relaciones interempresariales pudieran existir empresas que padecieran debilidad jurídica. Se adujo que el empresario, por su carácter profesional, está siempre capacitado para resistir la imposición de cláusulas abusivas o hacerse asesorar para impedir la abusividad. Hoy se admite por la doctrina y la jurisprudencia que en ese ámbito pueden existir no sólo contratos negociados, sino contratos predispuestos en los que una empresa no haya gozado de libertad de contratar ni de libertad contractual, en cuyo caso merece protección como cualquier débil jurídico" (NICOLAU, Noemí y STIGLIZ, Rubén; *Cláusulas abusivas*, publicado en La Ley online; cita Online: AR/DOC/1135/201). A su vez, el doctrinario **José Antonio Moreno Rodríguez** indica: "Las cláusulas abusivas pueden presentarse tanto en el contrato *individual negociado* –conocido también como *paritario, discrecional*– como en los *contratos de adhesión*, que incluso favorecen la posibilidad de incluirlas, abierta o subrepticamente" (MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 287).

¹⁰ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel; *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2005, p. 23.

¹¹ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 288. El autor **Carlos Alberto Soto Coaguila** da como ejemplos de contratos predispuestos los siguientes: el contrato de transporte terrestre, los contratos bancarios, los contratos de seguro, los servicios médicos en una clínica, la compra de combustible, la compra de productos en supermercados, los servicios de lavandería, los contratos de hospedaje en hoteles y hostales, los servicios de telefonía fija y móvil, la contratación del servicio de cable, los consumos en restaurantes, la compra de boletos aéreos, la adquisición de paquetes turísticos, la solicitud de tarjetas de crédito, los servicios de playa de estacionamiento, el suministro de agua potable y los planes de ahorro para adquirir automotores. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto; op. cit., ps. 553 y 554.

¹² La empresa establece condiciones de producción (costes) y espera determinada ganancia (tasa de beneficio por el capital invertido), constituyéndose así su "precio final", que –al dividirse por la cantidad de bienes o servicios de un periodo determinado– conforma el "precio unitario". Los productos o servicios son idénticos y los precios finales de comercialización son de iguales características, de manera tal que las empresas deben adicionar a estos últimos las condiciones de comercialización, por ejemplo: garantías, formas de financiamiento (Cfr. GHERSI, Carlos; op. cit., p. 27).

Se debe aclarar que el contrato de adhesión no resulta intrínsecamente malo. Se trata ni más ni menos que de un instrumento de incalculable valor, pues posibilita la agilización del intercambio económico¹³, de forma tal que, en sí misma, no resulta objetable. La problemática se plantea en cuanto a que ella se convierte en un campo propicio para la inclusión de condiciones inequitativas o vejatorias, en tanto no existe posibilidad de modificación por el adherente¹⁴.

En este punto, no se puede desconocer que en todo sistema de contratación donde existe desigualdad en el poder de negociación, se facilita la propagación de cláusulas abusivas, dado que el predisponente se encuentra en la condición de aprovecharse de su posición de “fuerte” en la relación contractual y, en tal sentido, generalmente, buscará resguardar sus intereses económicos.

El *modus operandi* será normalmente el de erigir una suerte de codificación privada, paralela al derecho legislado de manera supletoria y, en muchos casos, en oposición a éste¹⁵.

De ello se deduce que la contratación predispuesta tiene los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente¹⁶.

Tal vez la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos¹⁷. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido. Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario. Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula¹⁸.

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

¹³ LOVECE, Graciela; *Cláusulas y prácticas abusivas ...* op. cit., p. 172. “Esta forma de contratación puede presentar diversas ventajas como por ejemplo: agiliza las transacciones al estar predispuesto un solo texto contractual, empleado masivamente, reduce los costos en la redacción de documentos con la utilización de un texto único; e introduce uniformidad y consiguientemente estabilidad en relaciones de igual naturaleza” (MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 290).

¹⁴ Cfr. LOVECE, Graciela; *Cláusulas y prácticas abusivas ...* op. cit., p. 180.

¹⁵ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 288.

¹⁶ Cfr. STIGLITZ, Rubén; op. cit..

¹⁷ “Hay que destacar que la inclusión de cláusulas manuscritas y el rellenado de campos en blanco con datos del consumidor y otras informaciones no excluyen el carácter unilateral del contrato” (Destaque-se que a inclusão de algumas cláusulas manuscritas e o preenchimento de campos em branco com dados do consumidor e outras informações não afastam o caráter de unilateralidade do contrato). Ver: ROSCOE BESSA, Leonardo; *Proteção Contratual*, en: “Manual de direito do consumidor”; 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 383.

¹⁸ STIGLITZ, Rubén; op. cit.

de fuerzas económicas. La desigualdad económica no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. De allí que aparezca como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan¹⁹.

También se debe reconocer que el contrato de adhesión registra varios inconvenientes, ya que, tal como lo indica **José Antonio Moreno Rodríguez**: “Las cláusulas de los contratos de adhesión son por lo general poco legibles, debido al tipo de letra comúnmente utilizado (se habla de un derecho de la letra menuda). Asimismo, el funcionamiento de las condiciones del contrato resulta normalmente de suma complejidad, tanto por el mecanismo establecido para los derechos, obligaciones, prohibiciones y responsabilidades, como por las incoherencias que suelen presentarse entre una condición y otra. Las cláusulas se presentan así ‘maquilladas’, difícil de ser detectadas, disfrazándose, por ejemplo, una verdadera limitación de responsabilidad como ‘cláusula de garantía’, etcétera. Por lo demás, frecuentemente, el conjunto de cláusulas está contenido en otros documentos, que no se ponen a disposición del adherente, y quien tendría que realizar un enorme rodeo para interiorizarse del contenido de los mismos”²⁰.

Además, se debe indicar que la simplificación de la manera en que se forma el vínculo expone al adherente a riesgos, pues muchas veces el mismo ni siquiera tiene conocimientos de los efectos jurídicos resultante del contrato.

De todo lo expuesto, se puede decir que el contrato de adhesión es la contracara del contrato al paritario, el cual es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas de común acuerdo entre las partes, las cuales se encuentran en igualdad de condiciones y, por ende, están en posición de discutir cláusula a cláusula durante la etapa precontractual.

En la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero importa un sacrificio que el segundo lo estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos (situados predominantemente en etapa formativa del contrato y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas²¹.

Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno²².

¹⁹ Cfr. STIGLITZ, Rubén; op. cit.

²⁰ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 290.

²¹ STIGLITZ, Rubén; op. cit.

²² STIGLITZ, Rubén; op. cit.

Cabe destacar que, si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal debido a la destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa. Ello significa que las técnicas contractuales predispuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes. En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato). Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato²³.

3. **Noción y características de las cláusulas abusivas**

La Ley Paraguaya N.º 1.334/98 de Defensa del Consumidor y del Usuario no define a la cláusula abusiva, pero a través de la lectura del artículo 28, se desprende que la norma parte de la desnaturalización de las obligaciones y de la pérdida del equilibrio de las prestaciones y deberes de los contratantes.

Cuando se habla de cláusulas abusivas hay que referirse a aquellas estipulaciones con las cuales una de las partes de un negocio jurídico, aprovechándose de su mayor poder de negociación, obtiene una posición jurídica ventajosa en desmedro de la otra parte, alterando considerablemente el equilibrio negocial²⁴.

El concepto de cláusula abusiva trasunta, en su esencia, un desequilibrio en la ecuación económica y jurídica del contrato que provoca, además, un perjuicio para la parte débil (adherente, consumidor)²⁵.

Para **Noemí Nicolau**, la cláusula abusiva: “es aquella que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer algún derecho o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”²⁶.

La apreciación de la buena fe de los proveedores en las relaciones de consumo debe ser siempre más exigente, porque en muchos de los contratos –la gran mayoría

²³ Cfr. STIGLITZ, Rubén; op. cit.

²⁴ Cfr. ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria; *Las cláusulas abusivas*, en: La Ley Online, cita Online: AR/DOC/6151/2011.

²⁵ Cfr. VALICENTI, Ezequiel; *Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones*, en: La ley Online, cita online: AR/DOC/1005/2016. “... El desequilibrio que habilita la calificación como abusiva a una cláusula puede producirse en términos económicos —el sacrificio exigido al adherente no se corresponde, no es conmutativo, con el sacrificio del predisponente—, o en términos jurídicos —se prevé una facultad al predisponente o se la veda al adherente, o se altera el sentido ‘normal’ de un derecho o se entorpece su ejercicio—” (VALICENTI, Ezequiel; op. cit.).

²⁶ NICOLAU, Noemí y STIGLITZ, Rubén; op. cit. En parecido sentido, **Verónica Echeverri** sostiene: “Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes” (ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María; *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*, en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=d34caa5a-50cb-479c-982e-3466b612bfaf%40pdc-v-sessmgr01>).

actualmente— se celebran por adhesión sin que el consumidor o usuario haya tenido oportunidad de discutir o negociar sus cláusulas y condiciones²⁷.

El empresario debiera ser un hombre ético, un contratante de buena fe. Cualquier ciudadano, sea empresario o no lo sea, con actuación moral, y con probidad negocial, debería tener claridad sobre qué está permitido y qué está prohibido; y debería saber, en consecuencia, qué tiene derecho a incluir en sus contratos, y qué no tiene derecho a incorporar en ellos. Por lo cual todo predisponente está, o debe estar, en situación de prever razonablemente qué cláusulas de sus contratos-tipo tolera el Derecho²⁸.

Recurriendo al derecho comparado, se tiene que, según el art. 1119 del nuevo Código Civil y Comercial Argentino (Ley n.º 26.994), se considera abusiva aquella cláusula que, habiendo sido o no negociada individual, tiene por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Sobre el particular, **Sandra Frustagli** indica: “A fin de esa calificación, es irrelevante que el contrato haya sido negociado se haya concluido por adhesión, de modo que, pese a haber mediado negociación, igual procede la declaración de ineficacia de la cláusula abusiva. La solución expresa proximidad con la concepción objetiva del contrato (equilibrio negocial) por sobre la subjetiva (consentimiento), al reconocer el contenido del contrato de consumo no se legitima sólo en el consenso. En definitiva, pese a la negociación, cabe interpretar que el consumidor no pudo superar las restricciones a su libertad de contratación porque de lo contrario hubiera rehusado suscribir el contrato con un desequilibrio significativo que le causa perjuicio”²⁹.

De lo expuesto hasta aquí se tiene, entonces, que en los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan. El adherente, en consecuencia, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato³⁰.

El derecho no puede tolerar, y menos aun tutelar, aquellas situaciones en las cuales un contratante beneficiándose de su situación logre un desmedido desequilibrio afectando inequitativa e injustificadamente a la otra parte³¹. El Estado debe controlar la implementación de las mismas, lo cual implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes³². El reclamo de equilibrio constituye un nuevo

²⁷ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; *Derecho del consumidor y del usuario de servicios. Ley N° 1334/98. De Defensa del Consumidor y del usuario*, Asunción, La Ley, 2014, ps. 202 y 203.

²⁸ ALTERINI, Atilio; *Contratos civiles, comerciales y de consumo. Teoría General*, 1ed., 1ra. reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, ps. 389 y 390.

²⁹ FRUSTAGLI, Sandra; *El contrato de consumo*, en: “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Directores: Noemí Nicolau y Carlos Hernández, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 479.

³⁰ Cfr. ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María; op. cit.

³¹ ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria; op. cit.

³² ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María; op. cit.

eje que cruza transversalmente el moderno derecho contractual³³.

Evidentemente, en la utilización de cláusulas abusivas hay, de una u otra manera, una manifestación del abuso del derecho en materia contractual y puede revelarse a través de una cláusula aislada dentro del contenido del contrato o, bien, puede surgir de su combinación con otra.

Para **Ruiz Díaz Labrano**, al momento de apreciar una cláusula abusiva no se podrá prescindir de considerar la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias de su celebración y la apreciación de las demás cláusulas del contrato³⁴.

Asimismo, el citado autor indica que: “Examinar la existencia o no de cláusulas abusivas, es un análisis que trasciende el propio texto del contrato, como la posición en que se ubican las partes y las circunstancias que rodearan previamente a la relación de consumo, de modo de apreciar adecuadamente la buena fe o mala fe del proveedor”³⁵.

En parecido sentido, **Barocelli** señala que el análisis sobre la abusividad de una cláusula puede analizarse teniendo en cuenta su redacción (visión estática) o su aplicación (visión dinámica); el instituto no debe circunscribirse a la noción de ‘cláusula contractual’ en sentido estricto, sino, en sentido amplio, comprendiendo todo y cualquier pacto o estipulación contractual, escrita o verbal y de todas las formas posibles de hacer nacer relaciones de consumo³⁶.

Ahora bien, también hay que tener en cuenta la realidad, lo fáctico, lo que verdaderamente ocurre y no sólo lo que está establecido en el documento en el que está plasmado el contrato.

Además, se debe considerar que el estudio de la cláusula abusiva debe ser objetivo, puesto que lo que señala la abusividad de una cláusula es el desequilibrio que la misma provoca, alterándose la ecuación jurídica y económica de la relación contractual.

4. **Protección frente a las cláusulas abusivas en la Ley n.º 1334/98 de Defensa del Consumidor y Usuario**

³³ HERNÁNDEZ, Carlos; *Impacto del régimen de defensa del consumidor*, en: “Fundamentos de derecho contractual”, Directora Noemí Nicolau, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 436.

³⁴ Cfr. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 202.

³⁵ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 203

³⁶ BAROCELLI, Sergio Sebastián; *La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial*; en: La Ley Online, cita online: AR/DOC/900/2016.

El primer control de la existencia de cláusulas abusivas se da entre partes, mediante un control interno, ya que cada una de ellas antes de celebrar un acuerdo, protege sus propios intereses al no aceptar la inclusión de éstas.

Una manera de garantizar el control *inter partes*, se da a través de lo que se denomina “el control de inclusión o incorporación”, el cual se encuentra plasmado en el artículo 25 de la Ley del Consumidor que dice: “Todo contrato de adhesión, presentado en formularios, en serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado con caracteres legibles a simple vista y en términos claros y comprensibles para el consumidor”³⁷.

Ahora bien, en la mayoría de los casos el control interno no es siempre efectivo, más aún cuando no se tiene otra opción que aceptar el contenido del contrato o bien, no contratar.

Por ende, es indispensable recurrir al control externo “desde afuera” por parte del Estado, el cual puede recurrir al control legislativo, judicial o administrativo³⁸.

En el presente artículo, se analizará el control legislativo, el cual es previo y se realiza a través del establecimiento de supuestos en los cuales las cláusulas que son consideradas abusivas serán nulas por disposición de la ley.

La Ley N.º 1334/98 De Defensa del Consumidor y del Usuario, contiene diversas normas contractuales, algunas de las cuales se sobreponen a las del Código Civil, en tanto que otras introducen importantes modificaciones al régimen legal vigente. Las reglas tienen como objetivo primordial atacar las anomalías generadas por la contratación en masa, a través de los contratos de adhesión³⁹.

Cabe destacar que, para limitar el empleo de cláusulas abusivas, los legisladores eligieron establecer en el artículo 28 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario un catálogo de normas abiertas⁴⁰ y cerradas.

³⁷ Para **Sandra Frustagli**: “El control de inclusión tiene por finalidad verificar la concurrencia de exigencias legales de índole formal requeridas a las estipulaciones predispuestas o condiciones generales para tenerlas como parte de la reglamentación contractual (Hernández-Frustagli). Su finalidad inmediata es garantizar al adherente el conocimiento del contenido de la relación negocial de manera de permitirle tomar una decisión consciente; es decir, que está estrechamente vinculado a la información” (FRUSTAGLI, Sandra; op. cit., p. 478).

³⁸ “La lucha contra las cláusulas vejatorias puede cumplirse en distintos frentes: 1) El legislativo, incorporando a los códigos, o en los estatutos como el del consumidor, o en leyes especiales, prohibiciones sobre ciertas cláusulas o bien la sanción de ineficacia, cuando se hacen presentes en los contratos; 2) El administrativo, encargando a ‘comisiones especiales’, por lo normal mixtas, de consumidores y proveedores, con la presencia de representantes del Estado, del Poder Judicial, etcétera, el detectar por áreas de negociación con fines preventivos, las cláusulas inadmisibles o peligrosas, para alertar sobre ellas o directamente vedarlas; 3) El judicial, faculta a la justicia institucionalizada para declarar su ineficacia, integrar el contrato, etcétera” (MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 157).

³⁹ Cfr. MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., ps. 308 y 309.

⁴⁰ Según **Noemí Nicolau**: “La técnica de las cláusulas abiertas genera mayor incerteza al momento de predisponer el contrato y emplearlo en el tráfico jurídico. De alguna manera se opone al régimen contractual en el que prevalecen las condiciones generales de contratación, modalidad que los especialistas califican como un útil instrumento para

Las abiertas como, por ejemplo, las establecidas en los incisos a) y b) del citado artículo, han sido concebidas con muy amplia generalidad, por ende, pueden adaptarse a situaciones cambiantes, al estar desprovistas de casuísticas y abstraídas de circunstancias particulares. De esta manera, el legislador permite que se abarque una indeterminable multiplicidad de situaciones jurídicas, lo cual hace que el Juez pueda evaluar en cada caso concreto si la cláusula es o no abusiva.

A su vez, las cláusulas cerradas son aquellas que determinan cuáles son las cláusulas prohibidas de manera específica y puntillosa. Este tipo de pautas presentan la desventaja de que quien, a sabiendas, pretende predisponer un modelo contractual abusivo, sólo debe trabajar con cuidado, conocer la lista negra proporcionada por el legislador, elaborar cláusulas que respeten formalmente los parámetros legales y, con mucha argucia, lograr que igual beneficie al predisponente y desequilibre el contrato⁴¹.

A continuación, se desarrollarán los incisos establecidos en el artículo 28 de la ley 1334/98, el cual comienza diciendo: ***Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que:***

a) Desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños

Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones son las que alteran el vínculo obligacional desde un punto de vista amplio, es decir, considerando no sólo las obligaciones nucleares sino también los deberes secundarios de conducta y la distribución de los riesgos asumidos por las partes.

La idea de desnaturalización constituye un *standard* de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación negocial de cambio, conforme a la totalidad de las circunstancias del caso⁴².

En general, la desnaturalización es entendida por la doctrina extranjera en el sentido de apartamiento injustificado del derecho dispositivo, situación que le brinda al intérprete un marco de discrecionalidad importante para determinar la existencia de una cláusula abusiva, toda vez que debe construirse con anterioridad una noción acerca del modelo esperable o razonable para el caso, tarea que siempre tendrá una

el mercado actual, que exige masividad, velocidad, uniformidad y certezas. Sin embargo, como ya lo adelantamos, entendemos que es más afín a las necesidades de un derecho contractual moderno que se caracteriza no sólo por el paradigma de la utilidad, sino por la búsqueda de la justicia. Esta técnica se corresponde con un derecho más flexible, en términos de Carbonnier, pero con pretensiones de mayor justicia del caso concreto, porque es el juez quien juzga, de acuerdo con los criterios legales, si una cláusula determinada, en un determinado contrato, puede ser calificada como abusiva” (NICOLAU, Noemí y STIGLITZ, Rubén; op. cit.).

⁴¹ Cfr. Comentario de Noemí Nicolau, en: NICOLAU, Noemí y STIGLITZ, Rubén; op. cit.

⁴² Cfr. ALTERINI, Atilio; op. cit., p. 388.

considerable cuota de subjetividad, rigiendo, en cualquier caso, los principios generales del derecho⁴³.

De acuerdo a las ideas clásicas, se cree que la tipificación de contratos por parte del legislador tiene una función facilitadora de la autonomía de las partes. El derecho contractual propone pero no impone. La función del tipo es supletoria y de mera colaboración: suple el silencio de las partes, sea este consiente -es decir, por remisión implícita al modelo regulado en la ley-, o inconsciente⁴⁴.

El derecho dispositivo es el deber ser; es la *regla justa del caso medio* que el legislador lo considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. Por ello, entre otras funciones, sirve para medir el carácter abusivo de una cláusula que se ha apartado de este derecho. No es obligatorio, pero es razonable⁴⁵.

Ahora bien, esta concepción con respecto a la función de las normas supletorias tiene un giro dentro del marco de los contratos de consumo.

Así, la desnaturalización de las obligaciones establecida en el inciso a) del artículo 28 de la Ley 1334/98, guarda relación con el apartamiento del tipo contractual que se encuentra normalmente contenido en las disposiciones supletorias del Código y que pasan a ser así, en cierta forma, imperativas. De modo que se sostiene que las cláusulas supletorias de los contratos negociados, que el legislador las ha incluido por considerarlas deseables, en los de consumo pasan a ser semicoactivas: solo pueden ser modificadas por el empresario por motivos justos o razonables⁴⁶.

Cada uno de los tipos particulares legislados constituye un modelo o esquema, a partir del cual se ordena el contenido de un determinado negocio jurídico, organizando con carácter previo y abstracto el entramado de derechos y obligaciones, deberes secundarios de conducta, riesgos y garantías imputadas de cada una de las partes⁴⁷.

Si una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad, sin un motivo justificado, sería irrazonable, sería una cláusula que “desnaturaliza” lo natural, lo normal⁴⁸.

Para juzgar acerca de la desnaturalización de una obligación impuesta por la parte fuerte, el intérprete debe escudriñar en la naturaleza de la relación obligatoria de que se trate, a fin de verificar que la finalidad del autor de la norma que la regula no se

⁴³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; *Fundamentos de derecho privado*, Asunción, Ed. La Ley, 2016, p. 303.

⁴⁴ PITA, Enrique M.; *La tipicidad contractual (crisis y nuevas funciones)*, en AA.VV. Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones UNL, Santa Fe, 2005, p. 450.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Fundamentos de derecho privado...* op. cit., p. 302.

⁴⁶ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 311.

⁴⁷ VALICENTI, Ezequiel; op. cit..

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Fundamentos de derecho privado...* op. cit., p. 303.

ve contrariada por quien impone la cláusula a la parte débil⁴⁹.

En esta tarea de análisis, se debe verificar cuáles fueron los fines económicos y sociales del negocio, la finalidad perseguida por las partes, la equivalencia de las prestaciones y el equilibrio contractual.

A los efectos de determinar si una cláusula desnaturaliza las obligaciones del contrato se debe considerar la entidad cualitativa y cuantitativa de las obligaciones, las cargas, los riesgos y el cumplimiento del principio de la buena fe en el marco de la relación contractual.

Entre la casuística, se pueden citar algunos ejemplos en donde se ha considerado la desnaturalización en los contratos de consumo:

El Dr. **José Antonio Moreno Rodríguez**, en su libro “Contratos”, manifiesta: “En la Argentina se han mencionado al respecto los siguientes supuestos: 1º) la facultad del comerciante de desistir el contrato a su simple arbitrio, como en los casos de overbooking o sobreventa de pasajes aéreos; 2º) la indeterminación de la fecha de cumplimiento por parte de la empresa, como ocurre con la entrega de mercaderías vendidas sujeta al ritmo de la producción o a las circunstancias que rodean su importación; 3º) la indeterminación del precio, supuesto que suele presentarse en la venta de bienes no fabricados, como de viviendas; 4º) la imprecisión respecto del lugar de cumplimiento; y 5º) la falta de reciprocidad en el trato, que ocurre cuando la resolución por incumplimiento aparece fácil para el empresario, y en cambio para el consumidor está sujeta a trabas que tornan difícil o imposible su ejercicio”⁵⁰.

A su vez, para **Sergio Barocelli** son ejemplos de desnaturalización de las obligaciones: la que modifican el régimen la obligación de saneamiento; la determinación de la facultad de resolución incausada del proveedor; la indeterminación en la fecha de cumplimiento de las prestaciones por parte del proveedor; la indeterminación del precio, canon u otras contraprestaciones a cargo del consumidor o adherente, entre otras⁵¹.

Por su parte, **Rubén Stiglitz** cita algunos casos: las cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como por ejemplo, la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral el contrato; o suspender su ejecución; o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas; cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato; cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente

⁴⁹ Comentario de Noemí Nicolau, en: NICOLAU, Noemí y STIGLITZ, Rubén; op. cit.

⁵⁰ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., ps. 311 y 312.

⁵¹ Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián; op. cit.

las cargas u obligaciones del adherente, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifique las normas sobre prórroga de jurisdicción; o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba⁵².

Iñiguez cita como casuística el caso de las tarjetas de crédito en cuyas cláusulas importan renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplían derechos de la otra parte, tendiendo a evitar que se imponga al consumidor la renuncia de un derecho que impida un acceso a un bien o servicio que desequilibre la justicia conmutativa del contrato. Ejemplifica el caso “Diners Club SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, en el cual no se informó al usuario sobre su responsabilidad en los supuestos en los cuales la firma de los respectivos cupones es falsa y no se ha denunciado robo, hurto, extravío o pérdida de aquella⁵³.

En cuanto a la Jurisprudencia Argentina, la Cámara Nacional Comercial, sala B, con voto del Dr. Morandi (en el juicio “Sucarrart, Gustavo c/ Banco Galicia y Buenos Aires S.A.”, del 26-3-93), consideró que una cláusula de exoneración de responsabilidad del banco, en un contrato de seguridad, desvirtuaba la esencia misma del contrato frente al incumplimiento de su obligación contractual de vigilancia a raíz del robo sufrido por el cliente de una caja de seguridad ubicada en una sucursal del Banco Galicia y Buenos Aires. En este caso, la eximición de responder por daños fue considerada como una desnaturalización del contrato⁵⁴.

En Paraguay, en vista de que el contrato de medicina prepaga no está tipificado, es una práctica usual que en los contratos de prepaga se establezca la exclusión de la cobertura de enfermedades preexistentes al momento de la celebración del contrato, ya sea que las mismas sean o no conocidas por el usuario.

El primer inconveniente que se advierte es saber qué se entiende por enfermedad preexistente, pues en muchas ocasiones ocurre que la enfermedad ya existía con anterioridad a la celebración del contrato, pero aún no se manifestó⁵⁵. En tal sentido, **Lorenzetti** explica que si bien es muy común referirse a las enfermedades preexistentes como aquellas que el asociado padece al momento de su ingreso, en realidad, “el padecer” puede ser relacionado con la *existencia* o con la *manifestación* de una dolencia⁵⁶.

⁵² Cfr. STIGLITZ, Rubén; *Contratos por adhesión* ...op. cit..

⁵³ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel; op. cit., p. 40.

⁵⁴ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel; op. cit., ps. 38 y 39.

⁵⁵ “El primer problema que se presenta se refiere al concepto mismo de enfermedad preexistente, es decir cuando una dolencia puede reputarse como de existencia anterior al ingreso del socio. Este concepto es de difícil determinación científica, ya que ciertas enfermedades, por sus características, no permiten determinar con precisión su origen, como así tampoco el tiempo de evolución” (Weingarten, Celia; *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, en: “Manual de los derechos de usuarios y consumidores”, Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia; 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 382).

⁵⁶ Cfr. Lorenzetti, Ricardo; *La empresa médica*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2° ed. ampliada y actualizada, 2011, p. 195.

El citado doctrinario aclara que la “existencia” no es un dato objetivo puesto que hay muchas maneras de interpretarlo. Así, puede que un paciente al momento de asociarse padezca una enfermedad, en el sentido que la misma se está “gestando”, por ende, la enfermedad “existe” pero no se la puede detectar⁵⁷.

Por tanto, para **Lorenzetti**, no hay otro modo de conceptualizar la preexistencia que utilizando el concepto de “manifestación” de la enfermedad, la cual consiste en la “exteriorización” de la enfermedad por cualquier medio que la haga perceptible, esto es, diagnosticada, tratada o que el paciente sufra de un dolor o signos de dolencia⁵⁸.

Partiendo de lo antedicho, se tiene que la desnaturalización de las obligaciones se da cuando las empresas consideran como “preexistentes” a enfermedades que no se han manifestado al momento de la incorporación del usuario al sistema, y lógicamente no son conocidas por el usuario.

Según nuestro parecer, la exclusión de cobertura de las enfermedades preexistentes debe ser considerada abusiva cuando se incluyen como tales las enfermedades que el usuario no conocía o no tuvo oportunidad de conocer por ser ocultas o no manifiestas⁵⁹.

b) “Importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”

En cuanto a las cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor, **José Antonio Moreno Rodríguez** indica que: “Esta previsión del art. 28, inc. b) de la Ley del Consumidor, concuerda con el art. 691, inc. e) del Código Civil, el cual alude, sin embargo -como corresponde-, meramente a renuncia anticipada de derechos. Estos derechos hay que buscarlos en la propia ley y sus fuentes de integración, como por ejemplo los derechos a un mercado de competencia razonable, a la lealtad comercial, a la información, a la seguridad, a la protección de la salud y a la garantía de productos. También, obviamente, se encuentran comprendidos principios generales, como de la buena fe y del abuso del derecho”⁶⁰.

El legislador dispuso un catálogo de derechos del consumidor en el artículo 6 de la Ley 1340/98 del Consumidor y Usuario, debiéndonos atener a tales derechos.

⁵⁷ Cfr. Lorenzetti, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., p. 195.

⁵⁸ Cfr. Lorenzetti, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., ps. 196 y 197.

⁵⁹ “La cláusula del contrato de medicina prepaga mediante las cuales se sustraen de la cobertura las enfermedades preexistentes ‘conocidas o no’ debe ser considerada una estipulación abusiva y contraria al espíritu de las disposiciones legales que regulan la materia”. (C5a Civ. y Com. Córdoba, 10/06/2009, “Griguol, Graciela Yolanda c. Parque Salud S.A.”, La ley online – AR/JUR/25018/2009”. Fallo citado por: LOVECE, Graciela. *Cláusulas y prácticas abusivas* en: “Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores” (GHERSI y WEINGARTEN, op. cit. p. 172).

⁶⁰ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 312.

Pueden señalarse que los principales derechos serían: a) a la libre elección del bien que se va a adquirir o el servicio que se va a contratar; b) a la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos provocados por la provisión de productos y la prestación de servicios considerados nocivos o peligrosos; c) la adecuada educación y divulgación sobre las características de los productos y servicios ofertados en el mercado; d) a la información; e) a la protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales; f) la prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales o de los intereses difusos ocasionados a los consumidores; g) a la constitución de asociaciones de consumidores; h) a la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos por sus proveedores; y, recibir el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad, calidad y precio prometidos.

Naturalmente, los principios generales de buena fe, equidad, abuso de derecho también pueden ser factores de integración contractual incorporando nuevas situaciones⁶¹.

No es la sola renuncia, sino el resultado al que ésta lleva, lo que resulta abusivo⁶². No se trata entonces de que el consumidor no pueda renunciar a nada, sino que no pueden imponérsele renunciaciones en el camino de acceso al bien o servicio, o que afecten aspectos no patrimoniales o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato⁶³.

La modificación injustificada del derecho supletorio -mediante renuncia o limitación a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente-, sacan de quicio a las obligaciones correlativas propias del contrato. Permitir al predisponente que pueda dañar sin ser responsable, o que pueda rescindir unilateralmente el contrato, o que pueda demorar la entrega de la cosa cuyo precio ya le fue pagado, o que no preste garantía por evicción o por redhibición, cambia la normalidad del *ser* del contrato⁶⁴.

En la jurisprudencia argentina, en los autos “Martinelli, José c/ Banco del Buen Ayre”, CCC. Mar del Plata, sala II, 20/11/1997, La Ley Buenos Aires, 1998-511, se interpretó que la cláusula que prorroga la competencia de jurisdicción *debía ser considerada como restrictiva de los derechos del consumidor*, dado que “... generaba un significativo perjuicio, al tener que litigar en extraña jurisdicción...”, lo cual la tornaba descalificable a la luz de la ley del derecho del consumidor. Se advirtió que no se consideró que la mentada disposición contractual importara una renuncia de prerrogativas o de facultades del usuario, sino que entendió que avanzaba seriamente sobre los intereses del consumidor, lo que bastaba para la declaración de ineficacia⁶⁵.

En otro caso, se llegó a reconocer que la cláusula de prórroga importa una

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 706.

⁶² Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 706.

⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 707.

⁶⁴ ALTERINI, Atilio; op. cit., ps. 387 y 388.

⁶⁵ Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos; op. cit., p. 441.

renuncia de derechos por parte del actor y, por tanto, debe tenerse por no escrita, ya que para quien, domiciliándose en una ciudad celebra un contrato de escasa importancia económica, con una entidad que también tiene una agencia en otra ciudad, la necesidad de litigar en extraña jurisdicción puede significarle, por motivaciones económicas, de distancia y de desconocimiento del medio, que se abstenga de promover un juicio en protección de sus derechos, con lo cual esta cláusula se convierte en una renuncia anticipada al derecho a la jurisdicción que la ley no está dispuesta a tolerar (“González, María E. c/ Persa S.A.”, CCC Mar del Plata, sala I, 01/04/1997 - La ley, 1998-B, p. 170)⁶⁶.

En Paraguay, es usual que las empresas de medicina prepaga impongan una cláusula mediante la cual limitan su responsabilidad por el tratamiento dado por los profesionales de la salud, o, en general, por los servicios médicos o laboratoriales que forman parte del convenio o están adheridos a la cobertura, haciendo recaer únicamente en ellos la responsabilidad inherente a su actuación.

Así, la empresa pretende exonerarse de responsabilidad por el actuar doloso o culposo de los prestadores de salud, y, de tal forma, transfiere el riesgo de la mala praxis al usuario, para que éste dirija las eventuales acciones judiciales en contra de los prestadores del servicio.

En puridad, dicha cláusula es nula, puesto que conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo en cuestión, se considerarán abusivas las estipulaciones que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Asimismo, el inc. g) del citado artículo indica que serán abusivas las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor.

Con relación a esta limitación contractual, **Weingarten** indica: “La admisión de estos pactos atenta contra la naturaleza de la obligación, que exige la adopción de aquellas diligencias exigibles de acuerdo con la esencia de la prestación médica, pues la exoneración del deber de responder involucra justamente aquello a lo cual se encuentra obligado, aparejando la pérdida de la finalidad determinante del acto. Es de tener presente la finalidad esencial asumida contractualmente por el ente organizador, que consiste en asegurar a sus beneficiarios un servicio médico eficiente”⁶⁷.

A su vez, **Castro, Casal y Lellis** dicen: “Dado que es la EMP quien selecciona a los profesionales que suministrarán los servicios médicos a los afiliados, se ha

⁶⁶ Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos; op. cit., p. 441. La causa fue iniciada con motivo de los conflictos generados respecto de un contrato de capitalización, y en el cual la accionada articuló la defensa de incompetencia, fundándose en una cláusula contractual que establecía que cualquier conflicto entre las partes, debía radicarse ante los tribunales del Departamento Judicial de Bahía Blanca.

⁶⁷ WEINGARTEN, Celia. *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas*, en: “Cláusulas abusivas 1. Nulidad e ineficacia. Medicina prepaga. Tarjeta de crédito. Compraventa de automotores. Servicios domiciliarios”. Director Carlos A. Ghersi, Rosario, Ed. Juris, 1999, p. 47.

entendido que es abusivo excluir al consumidor del derecho de reclamar la reparación de los perjuicios que pudiera ocasionar el accionar del profesional”⁶⁸.

En Paraguay, en un caso de mala praxis, una paciente accionó por indemnización de daños y perjuicios e inaplicabilidad de la cláusula contractual limitativa de la responsabilidad en contra de su médico tratante y de la empresa de medicina prepaga. La empresa opuso una excepción de falta de acción basada en que la beneficiaria aceptó la cláusula de limitación de responsabilidad. El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Cuarta Sala de Asunción, a través del Acuerdo y Sentencia N° 136 del 02 de diciembre de 2013⁶⁹, rechazó la excepción de falta de acción y confirmó el fallo de primera instancia que hizo lugar a la demanda, sosteniendo que la cláusula que libera de responsabilidad a la empresa y dispone la imposibilidad de accionar contra ella es sólo aparente, ya que la ley de Defensa de Consumidor y del Usuario, en su artículo 28, declara la nulidad de pleno derecho y la inoponibilidad de las cláusulas que impliquen renuncia del derecho a ser resarcido al consumidor.

El *ad quem* sostuvo expresamente: “Ante la contundencia de la ley no existe argumentación posible para mantener en vigencia disposiciones contractuales como la mencionada”. Asimismo, el tribunal de segunda instancia alegó que la atención médica que engendrara la acción promovida fue cumplida íntegramente (en el contexto del contrato de seguro médico), por profesionales médicos prestadores de servicios de la empresa prepaga a una beneficiaria del contrato, todo lo cual lleva a concluir que tales profesionales actuaron bajo la órbita de dicha sociedad anónima, por lo que la misma no puede desentenderse de las consecuencias de tal actuación.

c) “Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”

Conforme lo establece el inciso en cuestión, serán abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor la carga de la prueba.

La obligación principal de probar recae, en principio, en quien acciona, quien insta el procedimiento en reclamo de un derecho, pero la ley puede, por razones de interés público, como sería el caso de los juicios derivados de las relaciones de consumo, la inversión de esta carga procesal atribuyéndola al proveedor de bienes y servicios, por lo que deberá probar que el daño o el perjuicio o la indemnización reclamada por el consumidor no le es atribuible⁷⁰.

En el marco de los procesos que surjan de problemas en la ejecución de los

⁶⁸ CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y de LELLIS, Martín; *Medicina Prepaga. Políticas Públicas y Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Proa XXI, 1° ed., 2007, p. 217.

⁶⁹ Ver: Ac. y Sent. N° 136 del 02 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 4, en el marco del juicio: “Scolari Gorostiaga, Marta Beatriz c. Fretes, Celso y otra s/ inaplicabilidad de cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios”, publicado en La Ley Online; cita online: PY/JUR/588/2013.

⁷⁰ Cfr. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 207.

contratos de consumo, en virtud al deber de cooperación y con el objetivo de esclarecer los hechos debatidos, los proveedores tendrán que aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder.

En el caso de inversión de la carga de la prueba, la falta de producción de las pruebas de descargo por parte del proveedor, se interpretará como reconocimiento de los hechos y fundamento para una decisión a favor de la pretensión del consumidor, en especial por la responsabilidad objetiva que rodea las relaciones de consumo⁷¹.

La inversión del *onus* de la prueba consiste en uno de los instrumentos existentes en la Ley del Consumidor para facilitar la defensa del consumidor en juicio, y no para perjudicarlo. De esta forma, la convención entre las partes en lo tocante al *onus* de la prueba no podrá ser perjudicial al consumidor, mismo porque la Ley del Consumidor trae en su contenido normas de orden público e interés social inderogables por la voluntad de las partes, caracterizando cualquier previsión en este sentido⁷².

Constituyen ejemplos de este supuesto la renuncia o limitación a las presunciones a favor del consumidor o que el consumidor deba probar que los daños no se debieron a su culpa o que la cosa se encontraba en buen estado o de la autenticidad de documentos expedidos por el proveedor⁷³.

A su vez, para **Iñiguez**, por ejemplo, no es correcto imponer la carga de la prueba sobre el consumidor de una línea telefónica para que pruebe que no realizó llamadas en el extranjero, la cantidad de pulsos telefónicos, etcétera⁷⁴.

d) “Impongan la utilización obligatoria de arbitraje”

El Dr. **José Antonio Moreno Rodríguez** dice que: “Si bien la norma deja muchas dudas, no debería interpretarse que existe una ‘imposición obligatoria del arbitraje’ si el consumidor acuerda someterse a este medio de solución de conflictos una vez suscitado el mismo, a través de un nuevo contrato que así lo estipule. Debe considerarse que el Decreto N° 21.004 de 2003, reglamentario de la Ley del Consumidor, y no derogado en este aspecto, prevé en su Art. 18 que las partes interesadas pueden recurrir al proceso arbitral. Es más: el Art. 19 de este decreto hace referencia a que la autoridad administrativa de aplicación (hoy día la Sedeco...),

⁷¹ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 208.

⁷² “A inversão do ônus da prova consiste em um dos instrumentos existentes no CDC para facilitar a defesa do consumidor em juízo, e não para prejudicá-lo... Dessa forma, a convenção entre as partes no tocante ao ônus da prova não poderá ser prejudicial ao consumidor, mesmo porque o CDC tras em seu conteúdo normas de ordem pública e interesse social inderrogáveis pela vontade das partes” (BOLZAN, Fabrício; *Direito do Consumidor. Esquematizado*, 5ta. Ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 713).

⁷³ BAROCELLI, Sergio Sebastián; op. cit.

⁷⁴ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel; op. cit., p. 42.

propiciará la organización de tribunales arbitrales para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en la ley del consumidor”⁷⁵.

A su vez, **Fabrizio Bolzán** indica que: “Entendemos la inviabilidad de las cláusulas de compromiso, en razón a su compulsividad del sujeto a un juicio arbitral, pero aceptamos el compromiso arbitral por su carácter facultativo”⁷⁶.

Por su parte, **Leonardo Roscae Bessa** manifiesta: “... la doctrina sustenta mayoritariamente que, en fase de vulnerabilidad del consumidor, principalmente cuando se refiere a la persona física, la institución del arbitraje en contratos de adhesión es extremadamente desventajosa para el consumidor y, por tanto, nula de pleno derecho”⁷⁷.

Por otro lado, **Nelson Nery Junior** [dice]: “La elección por las partes de un árbitro para solucionar las disputas existentes entre ellas no significa renuncia al derecho de acción ni ofende el principio constitucional de juez natural. Con la celebración del compromiso arbitral, las partes apenas están transfiriendo la jurisdicción que, de ordinario, es ejercida por el órgano estatal, para un destinatario privado. Como el compromiso sólo puede versar sobre materia de derecho disponible, es lícito para las partes proceder de tal forma”⁷⁸.

En síntesis, el inc. d) de la Ley 1334/98, lo que hace es veda la posibilidad de que el proveedor imponga una cláusula de arbitraje en el momento de la celebración del contrato. Ahora bien, nada impide de que, habiendo consenso, las partes establezcan la posibilidad de recurrir al procedimiento arbitral.

e) “Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato”

La fijación del contenido contractual, o su modificación, no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. El objeto del contrato debe hallarse claramente determinado, o ser susceptible de determinación sin que sea necesario un nuevo acuerdo (art. 692, Código Civil), pudiendo ello, a lo sumo, quedar librado al arbitrio de un tercero (art. 693, Código Civil)⁷⁹.

⁷⁵ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 313.

⁷⁶ “Entendemos pela inviabilidade das cláusulas compromissórias, em razão da sua compulsoriedade de sujeição ao juízo arbitral, mas aceitamos o compromisso arbitral pelo seu caráter facultativo” (BOLZAN, Fabrício; op. cit., p. 714).

⁷⁷ “...a doutrina sustenta majoritariamente que, em face da vulnerabilidade do consumidor, principalmente quando pessoa natural, a instituição da arbitragem em contratos de adesão é extremadamente desvantajosa para o consumidor, e, portanto, nula pleno direito” (ROSCOE BESSA, Leonardo; op. cit., p. 407).

⁷⁸ “A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural. Com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, descolocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder” (Citado por BOLZAN, Fabrício; op. cit., p. 714).

⁷⁹ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p.297.

Las cláusulas abusivas, que posibilitan la modificación de una cláusula y, eventualmente, hasta el contrato, son concomitantes con la formación del contrato, o sea, en el momento en que las partes lo celebran ya queda insertado el germen de algo que más tarde, en la fase de ejecución, va a generar un problema⁸⁰.

No sólo en las relaciones de consumo existe la prohibición de la alteración unilateral del precio. La noción fundamental del contrato como conjugación de voluntades ya repele cualquier alteración del vínculo basada únicamente en el querer de una de las partes⁸¹.

El precio al arbitrio de una de las partes podría resultar, pues, abusivo. La regla, que no es absoluta, debe atemperarse cuando se efectúa una indicación exhaustiva de las causas que podrían modificar el alza, como el aumento del costo de las materias primas. Tampoco sería abusiva una cláusula que someta el contrato a precios del mercado, sujeto a oscilaciones, siempre que puedan producirse en ambos sentidos y ello no dependa de la voluntad de la vendedora⁸².

La disposición es razonable y concuerda con el Art. 692, inc. b), Código Civil Paraguay. Si bien ella impide, por ejemplo, que el acreedor cambie unilateralmente las tasas de interés originariamente pactadas, nada obsta, en este caso, a que de antemano ambas partes puedan pactar mecanismos de actualización que de esa forma no quedarán al arbitrio unilateral del predisponente, sino a lo que previamente acordado⁸³.

En Argentina, en el juicio: “A. y J. c/ Medical Cover Cobertura Medica Privada S.A”, se ha considerado que la alteración unilateral del precio de la cuota o de las condiciones previstas para la prestación de servicios médicos por una empresa de medicina prepaga, desnaturalizaría las obligaciones de la ley, teniendo la empresa el deber de mantener la prestación de sus servicios conforme lo convenido inicialmente,

⁸⁰ “As cláusulas abusivas, que ensejam a modificação da cláusula e, eventualmente, até do contrato, **são concomitantes** à formação do contrato, ou seja, no momento em que as partes o celebram já fica lançado o germen de algo que mais tarde, na fase da execução, vai gerar um problema” (CAVALIERI, Sergio; *Programa de direito do consumidor*, 4ta. Ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 183). Sin embargo, las cláusulas abusivas se diferencian de las cláusulas que dan lugar a la revisión del contrato, debido a que: “Las causas que pueden permitir la revisión del contrato ... son supervinientes a su formación, o sea, el contrato nace perfecto, todo corre muy bien, hasta que surge un hecho nuevo (superviniente) que lo desequilibra (ver teoría de la imprevisión, de la onerosidad excesiva ..., exigiendo una revisión” (As causas que podem ensejar a revisão do contrato ... **são supervinientes** à sua formação, ou seja, o contrato nasce perfeito, tudo corre muito bem, até que surge um fato novo (superviniente) que o desequilibra (ver teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva, exigiendo uma revisão”) Ver: CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., p. 183.

⁸¹ “Cabe observar, por fim, que não é apenas nas relações de consumo existe a proibição de alteração unilateral do preço. A noção fundamental do contrato como conjugação de vontades já repele qualquer alteração do vínculo baseada unicamente no querer de uma das partes” (ROSCOE BESSA, Leonardo; op. cit., p. 411).

⁸² MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 297.

⁸³ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 314.

a más del deber específico de información. Asimismo, se estableció que en caso de duda se debe estar siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”⁸⁴.

Paralelamente, en el juicio: “Medicus S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, se ha expresado que, siendo el contrato de prestación de servicios asistenciales médicos de tracto sucesivo, los avances tecnológicos pueden determinar la incorporación de tratamientos más complejos, que exijan mayores erogaciones que las previstas por el prestador al comienzo de la relación contractual, razón por la cual no aparece como violatoria del derecho vigente la posibilidad de pactar una cláusula que le permita establecer nuevos aranceles. No obstante, la estipulación no consiste un uso abusivo que, por ejemplo, se funde en la edad del paciente⁸⁵.

Sobre la posibilidad o no de la modificación del precio en los contratos de prepaga médica, **Belén Japaze** manifestó: “Cabe admitir, como principio, que el precio a pagar -como cualquiera de las demás prestaciones- puede ser objeto de una necesaria revisión. Como se ha dicho, estamos frente a un contrato de larga duración, donde la fijación del precio guarda estrecha relación con el coste de los bienes involucrados en la prestación de los servicios y con las características del mercado en el que se desarrolla la actividad. Admitida esta premisa es necesario advertir que la empresa organizadora, en tanto profesional del negocio, está obligada a realizar sus estudios de costos en forma seria, a analizar proyecciones estadísticas, a prever mecanismos que contribuyan a la estabilidad del sistema y a enfrentar eventuales crisis de financiamiento, etc.”⁸⁶. Concluyó diciendo: “no puede concluirse en la imposibilidad absoluta de modificar –aumentar– la cuota, sino que esta facultad deberá ejercerse sobre la base de parámetros claros y prefijados y siempre que su ejercicio no resulte abusivo”⁸⁷.

f) “Violen o infrinjan normas medioambientales”

Entre los autores nacionales que comentan de manera específica el art. 28 inc. f) de la Ley 1334/98, el Dr. **José Antonio Moreno Rodríguez** indica que dicha norma no tiene precedentes en el Código Civil y es innecesaria, puesto que de todos modos se está ante una cláusula mucho más que abusiva, directamente ilícita y, como tal, de todos modos, ineficaz⁸⁸.

Por su parte, el Dr. **Roberto Ruiz Díaz Labrano** explica que: “se trata de disposiciones que implican para el consumidor tolerar o admitir situaciones en que se

⁸⁴ Fallo citado por RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 211.

⁸⁵ GARAY, Ernesto; *La medicina prepaga*, Buenos Aires, Ad hoc, 2002, p. 179. El fallo fue dictado por la CNCont. Adm. Fed., Sala 2, 8/10/1996.

⁸⁶ JAPAZE, Belén; *Contrato de medicina prepaga y protección del consumidor*, en: “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Sebastián Picazzo, Roberto A. Vázquez Ferreyra (Directores), 1ra. ed., Buenos Aires, La ley 2009, v. 2, ps. 195.

⁸⁷ JAPAZE, Belén; op. cit., p. 195.

⁸⁸ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; *Contratos*, op. cit., p. 314.

afectan prohibiciones medioambientales en la producción de bienes y servicios o que de algún modo posibiliten su violación”⁸⁹.

Paralelamente, entre los autores brasileiros que tratan el tema, se puede citar a **Fabrizio Bolzan**, quien concuerda con **Nelson Nery Junior**, al decir que no hay necesidad de una ofensa real al medio ambiente, bastando para caracterizar la abusividad que la cláusula posibilita la ofensa ambiental. La prohibición alcanza, también, a las cláusulas que están en desacuerdo con las normas ambientales, legales o administrativas⁹⁰.

El mismo **Nelson Nery Junior** indica que normas ambientales “deben ser interpretados extensivamente, abarcando medio ambiente natural, urbanístico (zonificación, polución visual y sonora, etc.), cultural (patrimonio y bienes de valor histórico, estético, turístico, paisajístico, artístico y arquitectónico) y de trabajo (salubridad y seguridad en el ambiente de trabajo, etc.”⁹¹.

g) “Impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor”

El Art. 28 inc. g) de la Ley del Consumidor alude a cláusulas que “impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor”. Esta disposición se superpone con la del inc. b)⁹².

Las cargas que de acuerdo a la relación de consumo corresponda al proveedor pero que son asumidos o cubiertos por el consumidor, o las reparaciones que se haya visto en necesidad de realizar en el bien o para la utilización del servicio, porque el proveedor no concurrió oportunamente a responder de la obligación de garantizar al consumidor, constituyen derechos que no pueden ser exonerados por cláusulas predispuestas o cláusulas de adhesión⁹³.

Se trata de que el proveedor no pueda eludir la responsabilidad por el producto o servicio que incorpora o introduce en el mercado, ni la responsabilidad que asume frente al consumidor y el usuario. Se excluyen las situaciones de uso indebido del

⁸⁹ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 211.

⁹⁰ “...não há necessidade de ofensa real ao meio ambiente, bastando para caracterizar a abusividade que a cláusula possibilite a ofensa ambiental. A proibição alcança, também, as cláusulas que estajam em desacordo com as normas ambientais, legais ou administrativas” (BOLZAN, Fabrizio, op. cit., p. 720).

⁹¹ “...devem ser interpretados extensivamente, abrangendo meio ambiente natural, urbanístico (zoneamento, poluição visual e sonora etc.), cultural (patrimônio e bens de valor histórico, estético, turístico, paisagístico, artístico e arquitetônico) e do trabalho (salubridade e segurança no ambiente de trabalho, etc)” (Citado por ROSCOE BESSA, Leonardo; op. cit., ps. 417 y 418).

⁹² MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 314.

⁹³ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 212.

producto o efectuadas sin respetar las especificaciones y características del bien, producto o servicio⁹⁴.

Debemos señalar que una cláusula reviste ese alcance cuando la parte fuerte de la contratación pretende, anticipadamente, liberarse en forma total o parcial de las consecuencias patrimoniales por las que debería responder. La jurisprudencia argentina ha tenido ocasión de declarar la ineficacia de pleno derecho de las cláusulas exonerativas de responsabilidad. Así, en los autos “Paternostro, Mario L. c/ Banco Mercantil”, iniciado por el actor a fin de obtener la restitución de los efectos sustraídos de su “caja de seguridad”, la entidad financiera se defendió alegando, entre otros argumentos, que se veía eximida de responder en virtud de lo dispuesto en la cláusula 12° del contrato, que contemplaba que “únicamente el banco garantizaba la seguridad exterior de la caja, sin responder por los objetos depositados”⁹⁵.

Se aplica tanto a cuestiones vinculadas a la prevención del daño, a su reparación, ya sea por incumplimiento en general, del deber de seguridad, o por daños de vicio o riesgo de la cosa⁹⁶.

Son ejemplos de implican renuncia del consumidor al derecho de ser resarcido: a) aquellas estipulaciones que establecen limitaciones subjetivas, pretendiendo eximir o limitar a uno o varios de los sujetos comprendidos en la noción de proveedor; b) aquellas que desvirtúen el factor de atribución objetivo de la responsabilidad, estableciendo, por ejemplo, que el consumidor deberá demostrar la culpa del proveedor; c) las que afecten el carácter integral de la reparación (limitación cualitativa), limitando o excluyendo determinados rubros indemnizatorios, como el lucro cesante o el daño extrapatrimonial; d) las que establecen de topes indemnizatorios (limitación cuantitativa); e) las que establezcan exoneraciones, restricciones o limitaciones indirectas como, por ejemplo, estableciendo plazos de caducidad para denunciar o limitando la responsabilidad a través del acortamiento de los plazos legales para ejercer las correspondientes acciones.

No será lícita la cláusula si desnaturaliza aquello que constituyó la obligación principal en el contrato y sin el cual aquél no existe. En el caso de estacionamiento de vehículos, por ejemplo, cuya principal obligación del contratante es el deber de guarda, no será lícito dejar de lado ese deber, si no hay una obligación de indemnizar, no hay tampoco el de guardar⁹⁷.

⁹⁴ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 206.

⁹⁵ Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos; op. cit., ps. 442 y 443. El fallo citado ha sido dictado por la CNCom., Sala E, 30/04/1998.

⁹⁶ Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián; op. cit.

⁹⁷ “Lícita não será a cláusula se desnaturar aquilo que constitui a obrigação principal do contrato e sem a qual ele não existe. No caso de estacionamento de veículos, por exemplo, cuja principal obrigação do contratante é o dever de guarda, lícito não será afastar esse dever; se não há a obrigação de indenizar, não há também a de guardar” (CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., p. 191).

En efecto, si se trata de un estacionamiento, sea un estacionamiento abierto o público, sea un garaje, la esencia del deber asumido es la guarda, y si fuera admitido que se deje de lado la responsabilidad a través de una cláusula de no indemnizar, se está dejando de lado aquel deber y, en consecuencia, se está mutilando y tornando nula la propia relación jurídica⁹⁸.

Es muy común encontrarnos con cláusulas nulas de pleno derecho en los contratos de estacionamiento elaborados con dichos tales como: “no nos responsabilizamos por las pertenencias dejadas en el interior del vehículo”⁹⁹.

Tratase del típico ejemplo de cláusula abusiva que deberán ser prohibidas en las relaciones de consumo, pues es evidente que el proveedor es el responsable, mismo porque el deber de seguridad constituye el fin de la actividad del ramo de su actuación¹⁰⁰.

Fabrizio Bolzan manifiesta que aun cuando el estacionamiento sea ofrecido de forma “gratuita”, el proveedor será responsabilizado por la seguridad del vehículo de sus clientes y cita la posición del Superior Tribunal de Justicia, según el cual: “De acuerdo a los dictados del Código de Defensa del Consumidor, los shoppings, hoteles e hipermercados que ofrecen estacionamiento privado a los consumidores, aunque de forma gratuita, son responsables por la seguridad tanto de los vehículos, como de los clientes¹⁰¹.

h) “Impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión”

⁹⁸ “Com efeito, em se tratando de estacionamento, seja em estacionamento aberto ao público, seja em edifício garagem, a essência do dever assumido é a guarda, e se for admitido que se afaste a responsabilidade, através da cláusula de não indenizar, estar-se-á afastando aquele dever, e, de consequência, mutilando e tornando nula a própria relação jurídica”. (CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., p. 191).

⁹⁹ “É muito comum nos depararmos com cláusulas nulas de pleno direito nos contratos de estacionamento elaboradas como dizes do tipo “não nos responsabilizamos pelos pertences deixados no interior do veículo” (BOLZAN, Fabrício; op. cit., p. 699).

¹⁰⁰ “Trata-se de típico exemplo de cláusula abusiva que deverá ser banida das relações de consumo, pois é evidente que o fornecedor é responsável, mesmo porque o dever de segurança constitui atividade-fim do ramo de sua atuação” (BOLZAN, Fabrício; op. cit., p. 699).

¹⁰¹ “De acordó como os ditames do Código de Defesa do Consumidor, os shoppings, hotéis e hipermercados que oferecem estacionamento privativo aos consumidores, mesmo que de forma gratuita, são responsáveis pela segurança tanto dos veículos, quanto dos clientes. Aplicação, ainda, da inteligência da Súmula 130/STJ” (REsp 419.059/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 12-6-2012) Ver BOLZAN, Fabrício, op. cit., p. 699. En el mismo sentido, STJ entendió que: “La empresa que proporciona estacionamiento a los vehículos de sus clientes responde objetivamente por los hurtos o robos ocurridos en su interior, una vez que, a cambio de los beneficios financieros indirectos derivados de ese adicional comodidad a los consumidores, el establecimiento asume el deber -implícito en cualquier relación contractual- de lealtad y seguridad, como aplicación concreta del principio de confianza” (“A empresa que fornece estacionamento aos veículos de seus clientes responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos no seu interior, uma vez que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, o estabelecimento assume o dever -implícito em qualquer relação contratual - de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança” (REsp 1.269.691/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. Para Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 5-3-2014. Ver BOLZAN, Fabrício; op. cit., p. 699).

El art. 28 inc. h) de la Ley del Consumidor señala como abusivas las cláusulas que “impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión”. La norma, sumamente ambigua y amplia, concuerda en parte con la del art. 691, inc. h) del Código Civil Paraguayo. Para determinar estas disposiciones gravosas o injustas, regirán los principios generales, ya desarrollados, de moralidad del objeto, buena fe, etcétera¹⁰².

En aplicación de este inciso, un tribunal de apelaciones declaró ineficaz por abusiva una cláusula que autorizaba el bloqueo de una tarjeta al resultar el cliente sujeto pasivo de una demanda. Dijo el tribunal entre otras cosas, lo siguiente: “...aun colocándolos en la hipótesis de que existiera una cláusula que permita al banco rescindir unilateralmente el contrato en el supuesto descrito o sin causa, la misma sería inaplicable en los términos del Art. 28 inc. h) de la Ley 1334/98, De Defensa del Consumidor. Dicha ley es aplicable a las entidades bancarias a tenor de los términos de sus Arts. 3° y 4° en su definición de servicios, y vuelve inoponibles al consumidor las cláusulas que sean exageradamente gravosas y sean injustas en la contratación, a tenor del art. 28 inc. h) de la ley citada. No caben dudas de que una cláusula que implique una facultad de rescisión del banco por demandas promovidas contra el usuario es palmariamente injusta y no guarda relación con el sinalagma contractual. En otras palabras, no es posible que el banco pueda bloquear la tarjeta porque un tercero haya demandado al usuario, porque esta última circunstancia no tiene nada que ver con la economía contractual de la tarjeta, y desde luego es una condición injusta y gravosa para el consumidor” (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala; *Hugo Mario Larrossa c/ Citibank s/ Indemnización de daños y perjuicios; Ac. y Sent. N° 16; 6/13/2007*)¹⁰³.

Ejemplos de cláusulas injustas, son aquellas que producen la renovación automática de los contratos de consumo y que impidan al consumidor darlo por terminados en cualquier momento, o aquellas que imponen sanciones por la rescisión del servicio¹⁰⁴.

Una de las cláusulas que pueden causar la indefensión del consumidor es aquella que establece una jurisdicción diversa a la del domicilio de éste. Así lo entiende **Nelson Nery Junior**, al decir: “la elección de la jurisdicción en un lugar diferente al domicilio del consumidor, aunque no lo haga inviable o lo imposibilite, dificulta su defensa”¹⁰⁵.

i) Incisos agregados por la Ley N.º 5427/2015

¹⁰² MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 314 y 315.

¹⁰³ MORENO RODRIGUEZ, José Antonio; op. cit., p. 315.

¹⁰⁴ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 212.

¹⁰⁵ **Nelson Nery Junior**, citado por **Fabrizio Bolzan**, dice: “... a cláusula que especifica a eleição de foro em local diverso do domicílio do consumidor. Esta é visão de Nelson Nery Junior, para quem a “eleição de foro diverso do domicílio do consumidor, ainda que não inviabilize ou impossibilite, dificulta sua defesa, ofendendo o art. 6º n. VIII, do CDC, que diz ser direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo”. (Cfr. BOLZAN Fabrício; op. cit., p. 696).

La Ley N.º 5427 del año 2015, agregó cuatro incisos al artículo 28 de la Ley N.º 1334/98, ampliando de dicha manera los casos considerados como cláusulas prohibidas.

Las cláusulas son las siguientes: inc. i) “faculten al proveedor a alterar, modificar o rescindir unilateralmente las condiciones o cláusulas del contrato, salvo los casos contrarios previstos en la ley”¹⁰⁶; f) “faculten al proveedor para dejar sin efecto una transacción celebrada con el consumidor o usuario cuando el precio ha sido fijado como publicidad previstos en la ley”; k) “autoricen al proveedor a rescindir o restringir sin aviso la prestación de un servicio”; l) “prorroguen automáticamente el contrato de duración determinada, si el consumidor no se manifiesta en contra”; y, m) “equiparen el silencio del consumidor o usuario como aceptación, salvo los casos previstos en la Ley”.

El caso establecido en el inc. i) se da con frecuencia y su declaración de nulidad reviste importancia ya que su ejercicio puede permitir la posibilidad de la no continuación del vínculo contractual, en perjuicio del consumidor o usuario, ya que, finalmente, el contrato no cumple con su finalidad económica.

En general, todas las casuísticas establecidas en Ley N.º 5427 bien podrían subsumirse en lo dispuesto en el inc. a) y b) del artículo 28 de la Ley N.º 1340/98; no obstante, el legislador optó por tipificarlas de manera específica.

5. Efectos de las cláusulas abusivas

En cuanto a los efectos de la inclusión de cláusulas abusivas, el artículo 28 de la Ley 1334/98 establece que las cláusulas o estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho.

En principio, del citado artículo se desprende que la nulidad del contrato será parcial y no total, lo cual significa que la sanción sólo alcanzará a las cláusulas abusivas. Esto a fin de preservar el contrato y permitir que el consumidor obtenga el bien o servicio adquirido y satisfaga la necesidad del mismo.

Hoy en día, el legislador busca convalidar el negocio en lugar de extinguirlo y lo hace a través de distintas técnicas. En algunos casos lo hace mediante la reconversión del acto, como en los casos establecidos en el artículo 701 del Código Civil Paraguayo; en otros, lo hace recurriendo a la convalidación del negocio jurídico y, en otras

¹⁰⁶ Para **Celia Weingarten**, la facultad al proveedor de rescindir unilateralmente al contrato es habitual en los contratos de prepagas médicas, donde “el ente organizador se reserva la facultad de rescindir unilateralmente el contrato sin expresión de causa y sin derecho alguno al cobro de indemnización, mediante simple notificación al socio con una antelación que generalmente oscila entre 15 y 60 días” Cfr. WEINGARTEN, Celia; *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas*, en: “Cláusulas abusivas 1. Nulidad e ineficacia”, Director CARLOS A. GHERSI, Editorial Iuris, 2000, p. 48.

ocasiones, opta la nulidad parcial de las cláusulas abusivas y el mantenimiento del contrato.

En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración, y con ello que el consumidor no obtenga el bien¹⁰⁷. No obstante, a petición del consumidor, podrá demandarse igualmente la nulidad de todo el contrato¹⁰⁸.

La nulidad de las cláusulas abusivas es absoluta y, en tal sentido, podrían ser declaradas de oficio por el Magistrado. Ello se desprende en razón de que el artículo establece que las cláusulas abusivas conllevan la nulidad de pleno derecho¹⁰⁹.

El efecto de la sentencia que reconoce la nulidad de la cláusula es *ex tunc*, esto es, desde la conclusión del negocio jurídico. Vale decir que la cláusula nace muerta, aunque figure en el contrato; es ineficaz desde siempre, por tanto, el consumidor no está obligado a cumplir la obligación (prestación) impuesta por ella¹¹⁰.

En todos los casos se trata de evitar que el empresario diseñe el contrato de modo que la nulidad de alguna cláusula haga caer toda la contratación, porque ello colocaría al consumidor en la alternativa de aceptar la cláusula abusiva o perder el propósito práctico¹¹¹.

Producida la nulidad, se integra el contrato “si ello fuera necesario”¹¹² y si fuese beneficioso para el consumidor o usuario. Como criterio para la integración el juez tiene que seguir el mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida¹¹³. Así, la integración del contrato debe estar dirigida a recomponer el desequilibrio contractual y lograr la obtención del fin buscado por las partes.

Por último, cabe decir que compartimos las palabras de **Sergio Cavalieri Filho**, quien dice: “De hecho, la protección del consumidor en la fase de la ejecución del contrato se hace, principalmente, a través del control judicial de las cláusulas abusivas. En esta fase es que ellas se manifiestan y amenazan los derechos de los consumidores. El control de las cláusulas abusivas, por tanto, es tarea primordial de la

¹⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 707.

¹⁰⁸ Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián; op. cit.

¹⁰⁹ “El Código de Defensa del Consumidor, al prever en el art. 51 que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, quiso conferir a ellas la naturaleza de nulidad absoluta. La principal consecuencia de esta afirmación es que la nulidad absoluta puede y debe ser reconocida de oficio por el juez” (“O Código de Defesa do Consumidor, ao prever no *caput* do art. 51 que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, quis conferir a elas a natureza de nulidade absoluta. A principal consequência desta afirmativa é a de que a nulidade absoluta pode e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz” (BOLZAN, Fabrício; op. cit., ps. 692 y 693).

¹¹⁰ “O efeito da sentença que reconhece a nulidade da cláusula é *ex tunc*, isto é, desde a conclusão do negócio jurídico de consumo. Vale dizer que a cláusula nasce morta, embora figure no contrato; é ineficaz desde sempre, pelo que o consumidor não está obrigado a cumprir a obrigação (pretação) por ela imposta” (CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., p. 210).

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 707.

¹¹² LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 710.

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los contratos...* op. cit., p. 707.

justicia en la fase de ejecución de los contratos de consumo para garantizar la efectividad de los derechos creados por la Ley en favor del consumidor”¹¹⁴.

6. Conclusiones

En breve síntesis, en este artículo se sostuvo que:

- La mayoría de los contratos de consumo son de adhesión, redactados únicamente por el proveedor. El consumidor sólo tiene la opción de elegir entre tomarlo o dejarlo.
- La empresa predispone anticipadamente un esquema contractual, ofreciendo una simple adhesión de los consumidores mediante cláusulas uniformes aplicadas a toda esta serie de futuras relaciones contractuales.
- El contrato de adhesión no resulta intrínsecamente malo, siendo un instrumento de incalculable valor, pues posibilita la agilización del intercambio económico. El problema surge en vista de que dicho contrato crea un campo propicio para la inclusión de condiciones inequitativas o vejatorias, en tanto no existe posibilidad de modificación por parte del adherente.
- El contrato de consumo, siendo en su mayoría contratos de adhesión, facilita la propagación de cláusulas abusivas, dado que el predisponente se ve en condiciones de aprovecharse de su posición de “fuerte” en la relación contractual.
- El concepto de cláusula abusiva trasunta, en su esencia, un desequilibrio en la ecuación económica y jurídica del contrato que provoca, además, un perjuicio para la parte débil.
- De por sí, en los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes y las cláusulas abusivas la acentúan. El adherente, en consecuencia, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato.
- El control de las cláusulas abusivas, por tanto, es tarea primordial de la justicia en la fase de ejecución de los contratos de consumo para garantizar la efectividad de los derechos creados por la Ley en favor del consumidor.

¹¹⁴ “De fato, a proteção do consumidor na fase da execução do contrato se faz, principalmente, através do controle judicial das cláusulas abusivas. É nessa fase que elas se manifestam e ameaçam os direitos dos consumidores ... O controle das cláusulas abusivas, portanto, é a tarefa primordial da justiça na fase da execução dos contratos de consumo para garantir a efetividade dos direitos criados pelo CDC em favor do consumidor” (CAVALIERI FILHO, Sérgio; op. cit., p. 183).

- Para limitar el empleo de cláusulas abusivas, el legislador Paraguayo eligió establecer en el artículo 28 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario un catálogo de normas abiertas y cerradas.
- Las cláusulas abiertas establecidas en los incisos a) y b) del artículo 28 de la ley del consumidor, han sido concebidas con mayor generalidad, por ende, pueden adaptarse a situaciones cambiantes, al estar desprovistas de casuísticas y abstraídas de circunstancias particulares. En los demás incisos, se establecieron cláusulas que determinan en forma específica cuáles son las cláusulas prohibidas.
- La regulación especial de la relación de consumo es esencial a los efectos de intentar equilibrar las fuerzas entre las partes contratantes, más aún cuando las reglas del derecho contractual establecidas en el Código Civil Paraguayo resultan insuficientes para poner coto a los abusos de los proveedores.
- La Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario es uno de los pilares en la búsqueda de una “equiparación jurídica”, el restablecimiento de la igualdad y el equilibrio en las relaciones de consumo; y,
- La ley protege al consumidor y usuario consagrando instrumentos jurídicos *favor debilis*, entre los cuales se encuentra la regulación de los contratos de adhesión y, en especial, de las cláusulas abusivas impuestas a la parte más débil del contrato de consumo.