

Una nueva mirada sobre los contratos de adhesión (CA).

Primera Parte.

Por, Fernando Shina¹

a.- Presentación. Cuando se analiza a los contratos de adhesión lo más probable es que se comience por el tratamiento de sus dos elementos más superficiales: a) la falta de negociación paritaria; b) la posible (segura) existencia de estipulaciones abusivas que vician a este tipo de contratos.

En efecto, invariablemente, se piensa en un formato de estipulaciones predisuestas que, además, son viciosas. Sin embargo, ese acercamiento al contrato de adhesión es insuficiente porque se limita a analizar sus posibles efectos y no sus causas.

Ese modo de encarar el estudio de estos contratos impide preguntarse porque se han convertido en la herramienta de tráfico más importante de la actualidad. Son pocos los autores nacionales que formulan dilemas más profundos que permitan entender un poco mejor el fenómeno de la contratación predispuesta

¿Qué factor determinante actuó para que los contratos de adhesión hayan prevalecido en forma tan abrumadora en la técnica contractual moderna? De poco sirve saber que no son acuerdos negociados y que suelen estar infestados de cláusulas injustas porque esa situación es conocida por todos. A nuestro modo de ver, es más importante analizar los motivos que permitieron su expansión y –sobre todo - qué sector de la economía real se beneficia con ellos.

¹ Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004). Es Profesor invitado de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor del Curso de Posgrado sobre Defensa del consumidor en Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2017 publicó, *Estatuto del Consumidor*, Bogotá, Editorial Astrea SAS - Universidad del Rosario; y *Tutela Judicial del Consumidor*, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial. En 2016 publicó (junto con Silvio Battello) *Fundamentos para la protección del Consumidor*, San José, CR, Editorial Jurídica Continental. En 2016 publicó *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Buenos Aires, Astrea. En 2015 publicó *Código Civil y Comercial concordado*, Buenos Aires, Astrea. En 2014 publicó *Daños al consumidor*, Buenos Aires, Astrea. En 2009 publicó *La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos*, Buenos Aires, Editorial Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com.

En el derecho norteamericano estas cuestiones se han estudiado con mayor profundidad.

b.- Los contratos de adhesión en la doctrina norteamericana. Friedrich Kessler (1901 – 1998) nació, estudio y se formó en Alemania hasta que como tantos otros pensadores de su generación tuvo que huir de la peste nazi. Tras radicarse en Estados Unidos, fue un destacado profesor en universidades de gran prestigio como Yale Law School, University of Chicago Law School y Berkeley School of Law.

Uno de sus ensayos más famoso es un formidable estudio de los contratos de adhesión que tras ser publicado en 1943 recorrió todas las universidades del mundo. En Argentina casi no se conoce la obra de Kessler.²

Kessler reconoce que la comercialización masiva de bienes y servicios hizo inevitable la aparición de una herramienta contractual que permitiera estandarizar un modelo contractual para ser repetido, evitando que cada contrato sea negociado individualmente con el usuario. El mérito de Kessler consiste en haber advertido, hace casi un siglo, que en la raíz del contrato de adhesión está involucrada la masividad del consumo de bienes y servicios y la despersonalización del mercado donde circulan.³

Empero, no es menos importante destacar que el pensador alemán también advirtió que esta despersonalización del mercado llegó a convertir al contrato en una herramienta de la economía mediante la cual las grandes corporaciones (sobre todo los bancos y las compañías de seguros) se quitan de encima los riesgos del negocio y la responsabilidad para afrontar indemnizaciones. Pues bien; básicamente un contrato de adhesión es eso: un negocio jurídico predispuesto por grandes corporaciones que lideran el mercado mediante el cual procuran transferir la mayor cantidad de riesgos posibles y

² Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, Captura: 01/05/2018).

³ *The development of large scale enterprise with its mass production and mass distribution made a new type of contract inevitable-the standardized mass contract. A standardized contract, once its contents have been formulated by a business firm, is used in every bargain dealing with the same product or service. The individuality of the parties which so frequently gave color to the old type contract has disappeared. The stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market.*

(Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

disminuir al máximo los niveles de responsabilidad que asumen.

Kessler nos muestra un contrato que se presenta en sociedad como una atractiva solución para facilitar el acceso al consumo masivo pero cuya finalidad se agota en aumentar la renta empresaria. Para ello, impone condiciones contractuales que rechazan los riesgos de un negocio y disminuyen la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión.⁴ Lo abusivo está en la raíz del negocio jurídico antes que en la redacción del contrato. La cláusula abusiva es la culminación de un formato empresario tan asimétrico como injusto.

En el contrato de adhesión, a decir verdad, conviven circunstancias altamente positivas y negativas para la sociedad. Veamos este contrapunto. Por un lado, resulta innegable que es una herramienta comercial indispensable para la circulación masiva de bienes y servicios; pero, por el otro tampoco puede soslayarse que es un peligroso mecanismo jurídico que puede ocasionar abusos de todo tipo.

Mucho tiempo después de estas elucubraciones de Kessler, Ricardo Lorenzetti ofrecía una definición tan simple y clara como insuficiente de los contratos de adhesión: *El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas...*⁵

En la definición de Lorenzetti el aspecto esencial del contrato de adhesión es su unilateralidad y su falta de negociación. No estamos, desde luego, en desacuerdo con esas premisas que son básicas. Sin embargo, pensamos que presentar el contrato de adhesión a partir de la carencia negocial nos aleja de la verdadera utilidad de esta técnica

⁴ *It has reached its greatest perfection in the different types of Contracts used on the various exchanges. Once the usefulness of these contracts was discovered and perfected in the transportation, insurance, and banking business, their use spread into all other fields of large scale enterprise, into international as well as national trade, and into labor relations. It is to be noted that uniformity of terms of contracts typically recurring in a business enterprise is an important factor in the exact calculation of risks. Risks which are difficult to calculate can be excluded altogether. Unforeseeable contingencies affecting performance, such as strikes, fire, and transportation difficulties can be taken care of.* (Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

⁵ Lorenzetti, Luis, *Consumidores...*, p 277.

contractual. En nuestra opinión, la falta de negociación es un dato emergente pero no sustancial de los contratos de adhesión.

El hecho de no ser acuerdos negociados es una cuestión menor porque, en los hechos, el adherente jamás tendría posibilidades reales de obtener beneficios en una negociación paritaria con un banco o con una compañía de seguros. Esas hipotéticas tratativas serían, en el mejor de los casos, intrascendentes.

No debe perderse de vista que, en la mayoría de los casos, los negocios que se instrumentan mediante contratos de adhesión son emprendimientos comerciales organizados en forma *casi o cuasi* monopólica. Lo habitual es que todos los proveedores de determinado servicio o los productores de un bien lo lancen al mercado al mismo tiempo y con ofertas similares o idénticas.

Las condiciones monopólicas y la cartelización de las ofertas comerciales son cuestiones de suma importancia que, sin embargo, no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional. Por algún motivo que desconocemos seguimos empeñados en buscar definiciones y diferencias y matices y similitudes entre las estipulaciones abusivas que luego de ser usadas hasta el agotamiento son cambiadas por otras igualmente abusivas. En cierto sentido, preocupante por cierto, el derecho nacional está estancado en la intrascendencia, como si su finalidad consistiera en no resolver los problemas reales que la economía le plantea al derecho. Un ejemplo de esta frivolidad es la abundancia de ensayos que tratan sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la escasez de artículos que analizan la raíz económica de los negocios jurídicos instrumentados en esos acuerdos.

Las cláusulas abusivas no presentan ninguna dificultad académica y su tratamiento no supera la descripción de obviedades. En cambio, explicar que ellas tienen relación directa con la rentabilidad de algunos negocios, sobre todo en el ámbito de los seguros y de los contratos bancarios, es una tarea más ardua que, además, puede incomodar a los grupos realmente poderosos de la economía nacional e internacional.

En otros países más desarrollados ese análisis profundo de los negocios jurídico lo realizan los jueces en sus sentencias. Por ese motivo, Friedrich Kessler decía que gran parte de los contratos de seguros tiene por finalidad evitar que los reclamos lleguen a

los tribunales y que los contratos predispuestos por las compañías de seguros sean examinados por los jueces.

El riesgo judicial, vale la pena aclararlo, no radica en que una sentencia advierta la abusividad de una cláusula sino en que descubra, en el marco de un proceso judicial en el que se ventilen pruebas verdaderas y eficientes, la matriz abusiva de todo el negocio y decida enmendarlo mediante su integración. (Por caso, cabe señalar que según pensamos, la absolución de posiciones no es una prueba eficiente para descubrir nada y que constituye casi un emblema del anacronismo procesal al que, sin embargo, muchos magistrados continúan prestándole atención)

Para Kessler los contratos de adhesión son *sorprendentes ejemplos de cómo el sector empresario selecciona y controla los riesgos que va a asumir en cada negocio jurídico*. Por todos los medios posibles, las compañías tratan de evitar que los reclamos lleguen a tribunales, y un magistrado se deje influenciar por *factores irracionales* que desbaraten la *racionalidad* del negocio que, desde luego, solo es posible descargando los riesgos en el otro contratante débil y limitando la responsabilidad del asegurador.⁶

Para entender los contratos de adhesión es necesario realizar un profundo estudio de su raíz económica. Es hora de enseñar en nuestras facultades a pensar los negocios jurídicos en términos económicos dejando de poner tanto énfasis en buscar ingeniosas definiciones que no sirven para mucho y distraen la atención.

El problema de los contratos de adhesión es su matriz abusiva antes que la falta de negociación.⁷ Y son los jueces quienes deben desentrañar esa abusividad basal. La

⁶ *The standard clauses in insurance policies are the most striking illustrations of successful attempts on the part of business enterprises to select and control risks assumed under a contract. The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called "juridical risk", the danger that a court or jury may be swayed by "irrational factors" to decide against a powerful defendant. Ingenious clauses have been the result.*

(Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

⁷ *The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to Terms dictated by the stronger party, terms whose consequences are often understood only in a vague way, if at all.* (Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty

no intervención judicial es lo que permite la expansión de los contratos injustos.

El juez del siglo XXI tiene que abandonar la pasividad disimulada de un liberalismo rancio y anacrónico. Pensamos que el magistrado debe intervenir, con la debida prudencia, en la contratación privada evitando los abusos inherentes a los negocios predispuestos. A esa intervención judicial se referían los autores como George Priest o F. Kessler cuando señalaban que los jueces deben tener una actitud más intervencionista en la contratación privada, convirtiéndose en una suerte de arquitectos de una conciencia social.⁸

En ese orden de ideas, George Priest (Universidad de Yale)⁹ escribe un breve ensayo *“The Modern Transformation of Civil Law”* (2006) donde explica la mayor participación de la judicatura en los contratos privados de nuestros días.¹⁰

Lo notable del artículo no está, a nuestro ver, en la forma en que describe la mayor injerencia oficial¹¹ sino en manifestar que el verdadero cambio en la teoría general

Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 632, Captura: 01/05/2018).

⁸ *Today, Contracts is a course addressing the regulation of private transactions in which our courts, as self-conscious social engineers, are evaluated in terms of their ability to define rules that optimally assign risks and informational burdens in order to broadly enhance societal welfare.*

(Priest, George L., *Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler*, 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/627, p. 2145, Captura: 27/12/2016).

⁹ George L. Priest is the Edward J. Phelps Professor of Law and Economics and Kauffman Distinguished Research Scholar in Law, Economics, and Entrepreneurship at Yale Law School. An internationally recognized expert, Professor Priest has focused his research over the past two decades on antitrust, the operation of private and public insurance, and the role of the legal system in promoting economic growth. (Ver biografía completa en: <https://law.yale.edu/george-l-priest>, Captura: 12-052108).

¹⁰ El mismo autor en otro artículo explica que pasó el tiempo de debatir las ideas de Kessler acerca de si los contratos de adhesión debían ser intervenidos porque esas ideas se impusieron sin retorno: el concepto de libertad contractual, en nuestros días, sostiene Priest está prácticamente acabado: *Our modern Contracts course is different from Kessler's, thus, because Kessler's approach has prevailed. The principle of liberty of contract as an element of substantive due process jurisprudence is largely dead. Our courts have become self-conscious social engineers. The reality of differential market power, informational advantages, and relative risk-bearing abilities have become foundational elements of modern contractual interpretation.*

(Priest, George L., *Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler*, 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/627, p. 2151 Captura: 27/12/2016).

¹¹ *This Essay addresses the transformation of civil law that began in this country, roughly around the mid-1960s, from a legal system that intervened in the lives of citizens only on occasions of serious moral dereliction, to the most extensive and powerful regulatory mechanism of modern society. Prior to the 1960s, civil law served a modest role in U.S. affairs. It enforced property rights and policed boundary disputes through property law, enforced promises as well as disclaimers of liability through contract law, and provided damages for*

de la responsabilidad ocurrió cuando los jueces entendieron y asumieron que debían ser ellos los encargados de regular los daños que debían soportar las víctimas y los que debían ser indemnizados por los agentes dañadores.¹²

Dicho en otras palabras, y ya liberando al autor americano de nuestro pensamiento autónomo, sostenemos que los magistrados deben interpretar más rigurosamente los nuevos textos legales del Código Civil y Comercial (en especial el art. 1733 y el art. 1757) porque esos textos legales establecen una nueva vuelta de tuerca en materia de responsabilidad objetiva.

Nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la vigencia de la ley 26.994, ha incorporado la responsabilidad *ultraobjetiva* para regular la reparación de los daños. Ese es, a nuestro modo de ver, el verdadero cambio en la teoría general de la responsabilidad propuesto en el Código unificado.¹³

Los contratos de adhesión no escapan a esta realidad. En esos acuerdos, los proveedores seguirán estableciendo las pautas contractuales e imponiendo cláusulas abusivas. También es seguro que continuarán transfiriendo sus riesgos a los usuarios y tratando de disminuir sus responsabilidades. Es eso lo que debe impedir el legislador dictando leyes buenas y el magistrado sentencias ejemplares. Según pensamos, a la fecha,

personal injury through negligence law (tort law) when an individual was injured by an egregious breach of standards of normal behavior. Though the negligence standard proved loose enough to allow substantial subsequent expansion, courts prior to the 1960s employed this standard only where a party showed clear moral culpability that was substantially antagonistic to social norms. Standards determined by private contract were far more significant to the determination of the obligations of citizens.

(Priest, George L., *The Modern Transformation of Civil Law*, 2006, Faculty Scholarship Series. Paper 642. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/642, p. 957, Capura, 25-09-2016).

¹² *Since the 1960s, however, our civil law has changed dramatically. Contract law, property law, and especially personal injury law have transformed both in function and effect. The transformation occurred through neither a sudden change in legal doctrine, nor legislative statute or popular referendum. Instead, the transformation occurred through the triumph of a set of ideas: the acceptance by the judiciary of the proposition that civil damages judgments can serve as the most effective public policy instrument for regulating the level of harm suffered by citizens in the society.*

(Priest, George L., *The Modern Transformation of Civil Law*, 2006, Faculty Scholarship Series. Paper 642. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/642, p. 958, Captura, 25-09-2016).

¹³ El lector interesado puede acceder a otro artículo nuestro donde analizamos la cuestión de la responsabilidad absoluta.

Ver: Shina, Fernando *Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho*, Buenos Aires, SAIJ, 18-05-2018, Citar: SAIJ: DACF 180093.

nuestras leyes son mejores que nuestras sentencias y es necesario apuntar a ese déficit de calidad en el servicio de justicia.

No se trata de intervenir sobre la libertad contractual de los contratantes porque hace décadas que se sabe que esa libertad es sólo formal e insubstancial. La cuestión consiste, a nuestro ver, en ajustar un poco más la interpretación de los factores de responsabilidad haciendo que aumente el universo de sujetos responsables y que haya menos eximentes de responsabilidad.

Ese nivel de intervención es compatible y armónico con la sistemática propuesta por el Código Civil y Comercial que ha incorporado textos legales como los arts. 989, 112, 1733 y 1757 y otros que van en esa dirección.

Ahora solo resta lo más difícil: lograr que los jueces asuman la responsabilidad que el legislador reformista les asignó. Como bien dice Aida Kemelmajer: *“Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues –como dice Carlos Cossio – ‘quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas...’ La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación”*.¹⁴

No hay, a pesar del optimismo de la notable jurista, motivos para sostener esa esperanza. Hasta que nuestros magistrados no entiendan que las formas nacieron para estar subordinadas a lo substancial, y los contratos sujetos a su justa finalidad, y las leyes procedimentales a los principios generales del derecho seguiremos estancados en el anacronismo jurídico.

Hasta la próxima.

¹⁴ Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 11.