

CONTRATOS DE LOS CONSUMIDORES

Enrique Barros Bourie.
Abogado.
Profesor de Derecho Civil.

La primera parte de este trabajo comprende dos temas: el sentido y alcance de las reglas sobre consumidores (Cap. I) y las condiciones generales de contratación (Cap. II).

I.- SENTIDO Y ALCANCE DE LAS REGLAS SOBRE CONSUMIDORES.

1.- Planteamiento.

Desde un punto de vista jurídico el consumidor es un contratante. Por eso, la preocupación central del derecho de los consumidores, consiste en cautelar que los contratos que ellos celebren sean equitativos.

Ahí radica, por lo demás, la lógica interna

(*).- Este trabajo, que comprende dos partes, tiene su origen en una conferencia dictada en Julio de 1983 en un seminario organizado por el Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Aunque se han introducido algunas adiciones al manuscrito original, se ha conservado la forma expositiva de esa conferencia.

(**).- La segunda parte aparecerá en el próximo número de esta revista.

de las normas sobre consumidores. Su objetivo no es reemplazar el contrato como instrumento de intercambios; ni siquiera tienden necesariamente, como vaticinó Josserand, a la publicación del contrato. El objetivo de las reglas es proteger a los consumidores frente al engaño y la ignorancia, de modo que, al celebrar sus contratos, estén en condiciones de adoptar ellos mismos las mejores decisiones.

G. Cornu ha expresado, en mi opinión, de un modo espléndido este principio: "Sin negar la necesidad de protección, no puede tratarse (en el derecho de los consumidores) de un derecho de incapacidades; una política tutelar sólo es socialmente beneficiosa cuando se abstiene de desarrollar en el consumidor una mentalidad de incapaz y, por el contrario, estimula su propio sentido de responsabilidad".

Así, el objetivo de estas reglas consiste en cautelar la autonomía del adquirente de bienes y servicios y no en provocar su interdicción.

La finalidad de las reglas sobre contratos de los consumidores consiste en obtener un equilibrio entre el postulado de respeto por la autonomía de las personas para celebrar sus contratos y las exigencias de protección que plantean las prácticas contractuales modernas.

2.- El enfoque del contrato en la legislación civil.

Siguiendo un principio ya reconocido en el derecho romano tardío y acentuado en su significado moral por los canonistas medievales y por los juristas de la ilustración, la base del derecho de los contratos es el respeto a la palabra empeñada.

De ahí que la norma básica del derecho de los contratos sea aquélla que otorga a los contratos legalmente celebrados valor de ley entre las partes, esto es, les otorga una fuerza obligatoria que puede hacerse valer incluso coactivamente (art. 1545 del Código Civil).

Tras esta regla subyacen dos importantes supuestos. El primero tiene que ver con el orden social y económico y se expresa en la regla general de que las personas están jurídicamente facultadas para realizar todo tipo de intercambios.

El segundo supuesto, tiene que ver con la idea de justicia, en tanto la doctrina del contrato admite que quien se obliga sabe lo que desea y aprecia mejor que cualquier autoridad pública lo que está dispuesto a dar por lo que recibe a cambio.

En otras palabras, el contrato opera a la vez como instrumento de ordenación social y como garantía de justicia de los intercambios. El control de corrección de los contratos queda entregada a las propias partes, que deben ponerse de acuerdo, cautelando cada cual sus intereses.

Tras las normas positivas sobre los contratos subyace una concepción humanista, compartida por la tradición romana, la cristiana y la laica de la ilustración, de que una persona sólo es digna cuando, como contrapartida, es responsable de lo que hace.

Pero al mismo tiempo, el derecho contiene normas de protección del consentimiento contra el error, la fuerza y el fraude y señala el ámbito de los acuerdos lícitos. Dentro de este mismo marco, pero atendiendo a las características peculiares de los intercambios modernos, se han desarrollado las normas referidas a los contratos de los consumidores.

3.- Algunas características de hecho de la contratación moderna.

Los contratos de los consumidores plantean una serie de innovaciones respecto del modelo ideal que sirvió de base a los legisladores de la codificación.

Ante todo, la contratación masiva excluye la idea de negociación. La propia economía del contrato masivo (transportes, seguros, bancos, aprovisionamiento en grandes almacenes) se contrapone a la posibilidad de negociar el contenido de cláusulas especiales. Incluso los intercambios reales de información entre empresario y adquirente de bienes o servicios son usualmente muy escasos.

El contrato se perfecciona en general sobre la base de las condiciones generales de contratación que fija una de las partes y a las cuales la otra puede o no adherirse. De hecho, la libertad contractual se expresa en la opción de aceptar o no el modelo cerrado de contrato que se ofrece.

En seguida, el desarrollo tecnológico ha provocado que gran parte de los bienes y servicios que se adquieren son de tal complejidad técnica que el desequilibrio de conocimiento y comprensión entre el experto y el que no lo es, entre el profesional y el no profesional, es inconmesurable.

Esta circunstancia ha movido al legislador francés a enfocar el derecho de los consumidores precisamente a partir de la diferencia entre profesionales y no profesiona

les (ley de 1978).

Este desequilibrio de hecho provoca que la susceptibilidad del no especialista a ser víctima de fraude o error sea cada vez mayor. Las normas sobre contratos de los consumidores asumen que el postulado abstracto de las dos partes igualmente informadas es sólo una hipótesis, de ahí que las normas sean preferentemente cautelares de la confianza y la lealtad que se deben las partes de un contrato. La revalorización del principio de la buena fe expresa esta evolución.

Además ocurre que el consumidor celebra el último eslabón de una cadena, a menudo extensa, de adquisiciones y enajenaciones previas. Y ocurre usualmente que el eslabón más débil de esta cadena es precisamente el consumidor. En tal sentido, reducir su protección a la relación contractual con el comerciante, a quien el consumidor adquiere el producto final es muy restringido. Sin embargo, el consumidor no tiene una relación contractual directa con los fabricantes, lo que genera problemas específicos de responsabilidad del fabricante, que ocupan hoy con intensidad en el derecho comparado. La tendencia de establecer presunciones de culpabilidad en caso de defectos de los productos (generalmente por interpretación extensiva de las normas sobre actividades peligrosas) se ha mostrado, a este respecto, como un razonable punto intermedio entre la responsabilidad objetiva, que encarece los bienes y entraba la innovación y el régimen normal de culpa no presumida, que plantea casi insalvables problemas de prueba a los usuarios.

4.- El derecho de los contratos y los consumidores.

El desarrollo del derecho de los contratos en una perspectiva social, que acentúe las exigencias de confianza y lealtad recíproca de las partes, es funcionalmente la alternativa de la intervención autoritaria de la administración pública económica como instrumento de protección de los consumidores.

Es obvio que en algunas circunstancias, son indispensables ciertas regulaciones imperativas de los contratos. Tal es el caso, por ejemplo, de los mercados monopólicos y, especialmente, tratándose de empresas de servicios públicos. Un sistema de contratos forzosos y dirigidos, a la vez, es en estos casos extremos inevitable.

Con todo, las bases generales de protección de los contratantes ya se encuentran planteadas en el derecho clásico de los contratos:

a) El formalismo del principio de la fuerza obligatoria del contrato, que se expresa en la fórmula "los contratos deben ser cumplidos estrictamente en la forma convenida" es probablemente la mejor garantía de seguridad en los intercambios.

Pero tal principio tiene como contrapartida otro, que actúa como correctivo en la dirección opuesta, el principio de buena fe consagrado en nuestro Código Civil por el artículo 1546.

Este principio tiende a ampliar el control jurisprudencial del contrato. La base del contrato no es sólo la expresión de voluntad, sino la confianza recíproca que obliga a las partes, especialmente a la más informada, a comportarse leal y decentemente con su contraparte.

b) El dolo puede servir de fundamento para reclamar la nulidad, si es directo, y en todo caso para demandar indemnización de perjuicios (art. 1458). Ha sido tarea de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica identificar las situaciones dolosas típicas de la contratación masiva. Asociada al principio de buena fe, la noción de dolo ha experimentado una fuerte expansión, conduciendo en el caso de los contratos masivos a la exclusión de la idea de "dolo bueno". Por el contrario, se advierte la tendencia a expandir la noción de dolo a situaciones de reticencia, según una fórmula que la jurisprudencia francesa ha expresado así: "la reticencia a dar información es dolosa cuando implica una violación a los deberes de buena fe o de lealtad que se deben observar al contratar".

c) Las nociones de orden público y de buenas costumbres, circunscritos clásicamente a los terrenos del orden político y de la moral sexual respectivamente, tienden a expandirse, respectivamente, hacia el orden público económico, dando relevancia civil a las normas sobre libre competencia, y hacia las buenas costumbres en los intercambios, tipificando por esta vía las situaciones de abuso de posiciones dominantes (art. 1461 y 1467).

d) La noción de vicios ocultos de la cosa vendida, los vicios redhibitorios, incluye claramente las situaciones en que el adquirente está en una situación disminuida de información y conocimiento en relación a su contraparte (art. 1858 N° 3). Esta norma se pone expresamente en el caso de que el adquirente no haya podido conocer el vicio en razón de su profesión u oficio, esto es, en la situación usual del no profesional, del inexperto. La aplicación analógica de esa regla a contratos diferentes del de venta podría servir asimismo de base sustantiva para la protección de sus contra-

tos.

Estas reglas, que más bien son principios cuyo desarrollo corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina civil, se han mostrado fértiles en el derecho comparado para dar paso a una concepción más realista del contrato, que atienda a las condiciones efectivas de su celebración, buscando un corregir las situaciones de fraude o abuso que típicamente pueden producirse en la contratación masiva.

II.- CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION.

I.- Planteamiento.

Las condiciones generales de contratación son aquellas especificaciones contractuales que una empresa propone a todos quienes tengan interés de contratar con ella. El uso de estas condiciones excluye la negociación de las cláusulas del contrato y, lo que es usualmente más relevante, ellas constituyen una reglamentación privada del contrato que se aparta de la regulación supletoria de la ley.

Las condiciones generales de contratación son inevitables para la racionalización del comercio masivo. El contrato se desarrolla, gracias a ellas, con una máxima economía de esfuerzo y de tiempo. El empresario expresa las condiciones en que está dispuesto a contratar; la voluntad del adquirente se expresa en la alternativa simple de si o no.

En un orden contractual abierto, en que el adquirente puede optar entre diversos proveedores, esta racionalización de los contratos no es necesariamente opuesta a la libertad contractual. Por eso, también los contratos de adhesión son, en principio, contratos libremente celebrados. Su única peculiaridad consiste en que la oferta del empresario es reglamentaria.

El problema de las condiciones generales de contratación es relevante en tanto, por su intermedio, se pueden producir abusos que destruyan el supuesto de justicia que lleva implícita la regla del artículo 1545 del Código Civil.

Más que una doctrina general del "contrato de adhesión", planteada por Saleilles a principios de siglo y que largamente se ha mostrado infértil, es conveniente elaborar reglas más precisas que prevengan fraudes y abusos específicos. En tal sentido se dibuja la tendencia dominante en el derecho comparado.

2.- Objetivo y alcance de las reglas sobre condiciones generales de contratación.

Una posición extrema consistiría en plantear una duda acerca de la legitimidad de todas las condiciones generales de contratación. Tal posición tiene el inconveniente de ignorar la función positiva que presentan estas condiciones al facilitar y racionalizar los intercambios. Al menos en mercados abiertos y relativamente competitivos los contratos "tómelo o déjelo" no violentan per se la libertad contractual.

Distinto es el caso en mercados monopólicos, donde el desinterés del empresario de negociar las condiciones de un contrato puede deberse a que el adquirente no tiene la oportunidad favorable de elegir entre alternativas. Pero esta situación, si bien tiene efectos civiles, corresponde propiamente al derecho de la libre competencia. Es la falta de competencia, no las condiciones generales de contratación, la que provoca, en estos casos, la necesidad de una regulación. La protección del consumidor es aquí el resultado indirecto de las normas sobre competencia que establecen, por ejemplo, la obligación de contratar (contrato forzoso) o la prohibición de discriminar.

Al mismo ámbito normativo pertenecen las restricciones para que diversas empresas se asocien en la formulación de condiciones de contratación tipo. Las prohibiciones generales de acuerdos sobre precios o de otros análogos se orientan en ese sentido.

Pero cuando la situación no es relevante desde el punto de vista de la libre competencia, el aspecto decisivo pasa a ser el abuso o engaño de que puede ser víctima el contratante que adhiere a un contrato de esta naturaleza.

Las condiciones generales de contratación llevan implícitos dos riesgos: que ellas no sean conocidas por la contraparte al expresar su voluntad de contratar y que aún conociéndolas (o pudiendo conocerlas), contengan cláusulas contractuales inicuas, cuyo verdadero alcance no es perceptible al contratar.

Las reglas sobre la materia tienen por objeto, en consecuencia, precisar cuándo y en qué circunstancias puede entenderse que la contraparte ha aceptado contratar según las condiciones generales y establecer remedios respecto de las condiciones generales abusivas.

Desde el punto de vista jurídico, el problema de las condiciones generales es especialmente relevante en

cuanto ellas pueden ser impuestos dolosamente, usando tretas contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres del comercio.

Inciden a este respecto, entonces, muchas normas básicas del derecho de los contratos.

Se ha argumentado reiteradamente que el fundamento del control radicaría en la diferencia de poder económico entre las partes. Ello no es, sin embargo, conclusivo en la materia. En efecto, es obvio que en casi la totalidad de los contratos de los consumidores, el proveedor, sea una gran empresa o un almacén, tiene conocimientos, aptitudes e información que el adquirente no posee. Esa situación de superioridad de una parte la coloca en una situación tentadora para el abuso. Las normas sobre condiciones generales de contratación se hacen cargo de esa realidad. El fundamento del control radica en el riesgo de abuso y no en la mera circunstancia de que una parte sea un profesional o especialista y la otra un consumidor.

3.- Técnicas de regulación en el derecho comparado.

Desde el punto de vista de las fuentes del derecho, las condiciones generales de contratación pueden ser reguladas por vía administrativa, legislativa o judicial.

a) Control administrativo.

El control administrativo es conocido muy universalmente, también en Chile, tratándose de pólizas de seguros. Las condiciones generales deben ser revisadas por un órgano público antes de ser ofrecidas al público, como un sistema de garantía que evite que el contrato de seguro, usualmente muy reglamentario, responda a las expectativas básicas del adquirente de la póliza.

Otras formas de control administrativo se relacionan con fuentes legales y serán analizadas más adelante.

b) Control jurisprudencial.

El control jurisprudencial a partir de las normas generales de los contratos, se ha producido con diversa fuerza en el derecho comparado. En Francia e Inglaterra, por ejemplo, los jueces se aferraron casi sin excepciones al principio pacta sunt servanda, y rechazaron, por regla muy general, las demandas que reclamaban el control judicial de las

condiciones generales. En Alemania, Estados Unidos y los países nórdicos se desarrolló más temprano una tendencia a dicho control, basándose para ello en las normas civiles sobre buena fe, dolo y buenas costumbres (unconscionability).

Aunque este desarrollo jurisprudencial no ha estado exento de críticas, tiene la ventaja de haberse producido en la frontera del derecho de los contratos, a partir de sus propios principios constitutivos.

Así, los jueces alemanes, utilizando las reglas generales sobre formación del consentimiento, declararon que las condiciones generales de contratación que no aparecían referidas en el mismo documento contractual, con ubicación anterior a la firma, no eran objeto de la aceptación del adherente, rigiendo en su reemplazo las normas supletorias del derecho común. Se entendió también que cláusulas ubicadas en lugares sorprendidos o expresados en un incomprensible lenguaje técnico, tampoco podían ser considerados parte del contrato. Lo mismo se falló respecto de cláusulas oscuras o ambiguas, de conformidad a una interpretación análoga a la prevista por el artículo 1.566 de nuestro Código Civil.

En suma, una primera forma del control jurisprudencial se refiere a negarles valor de cláusulas contractuales cuando no fueran conocidas, sin descuido, por la contraparte, en razón de su ubicación o redacción. En tales casos rige el derecho común supletorio.

Un segundo ámbito de control jurisprudencial de las cláusulas consiste en declarar la ilicitud de ciertas condiciones generales, en razón de su contenido, aunque hubiesen podido ser conocidas por la parte aceptante. Se trata de las cláusulas que desdibujan profundamente la relación conmutativa de modo que se presume disenso. Respecto de ellas los jueces alemanes calificaron su validez basándose en el principio de buena fe (cuya formulación en el artículo 242 BGB es muy análoga a nuestro 1.546), en la reticencia dolosa del que las redactó o en que su inclusión era un acto abusivo contrario a las buenas costumbres. Así, por ejemplo, declararon sin valor las condiciones generales de contratación consistentes en una alteración de la carga de la prueba en términos que haga irrisoria la responsabilidad del que redactó la cláusula; las cláusulas de irresponsabilidad por culpa grave, cuestión que está resuelta por nuestro orden positivo; la exclusión de responsabilidad en caso de incumplimiento de algún "deber cardinal" y otros análogos que alteraban la conmutatividad.

En un sentido análogo se ha desarrollado la jurisprudencia norteamericana a partir del caso "Henningsen

con Bloonfield Motors Inc." (1960). Se trató de la compra de un vehículo nuevo al que falló la dirección, ocasionando un accidente. Aunque había una condición general que excluía la responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa, la Corte estimó que dicha cláusula era inequitativa (unconscionable), en tanto era el resultado de un uso abusivo de una desigual "posición negociadora" de las partes.

c) Las leyes sobre condiciones generales de contratación.

Por último, el tercer camino para regular las condiciones generales de contratación es la ley.

Según tengo entendido el primer país que introdujo normas legales al respecto fue Italia, con el Código Civil de 1942. El artículo 1341 señala, en el inciso primero, que las condiciones generales puestas por una parte sólo valen cuando fueron conocidas por la contraparte o ésta no pudo dejar de conocerlas sin grave culpa. El inciso segundo establece una regla respecto de las cláusulas especialmente gravosas: modificación de la responsabilidad; facultad unilateral de poner término al contrato; restricciones para revender la cosa; tácita reconducción; prórrogas de competencia y compromisos. Estas cláusulas sólo se entienden pertenecer al contrato cuando la contraparte las ha consentido expresamente. De lo contrario se tienen por no escritas.

Israel creó en 1964 una ley sobre contratos standardizados. La fórmula empleada parece haberse mostrado eficiente. Consiste en mantener, por un lado, el control jurisprudencial de las cláusulas abusivas, de conformidad a las normas del derecho común. Con todo, el empresario que desea emplear contratos formularios puede solicitar que las cláusulas sean visadas preventivamente por un tribunal especial. Dicho tribunal puede declarar improcedentes ciertas cláusulas por conducir a engaño o por ser objetivamente abusivas. Pero visado el contrato en tales términos, no proceden durante 5 años, reclamaciones judiciales en contra de las condiciones generales no objetadas.

En Alemania se ha producido probablemente la evolución más interesante. Luego de 25 años de lento desarrollo jurisprudencial de reglas, a las que se ha hecho referencia más arriba, se dictó en 1976, una Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. La ley introdujo además la posibilidad de que organizaciones empresariales o asociaciones de consumidores solicitaran de los tribunales el control abstracto de las condiciones generales empleadas por una empresa.

Así se ha evitado un control preventivo obligatorio y generalizado, como ocurre con las pólizas de seguros, pero se ha favorecido que las condiciones de contratación vigentes puedan ser objeto de un control genérico de legalidad a petición de una organización interesada.

Tal control interesa tanto a las organizaciones de consumidores, como también a los de empresarios que no desean ver impugnados en el futuro sus contratos.

La ley alemana establece el principio de que las condiciones generales se entienden pertenecer al contrato sólo si copulativamente, (1) se hace referencia expresa a ellas en el contrato o, cuando ello no fuere posible (en casos de contratos consensuales, por ejemplo), se advierte públicamente acerca de su existencia y (2) la contraparte tiene la posibilidad razonable de tomar conocimiento de ellas.

Los resguardos referidos tienen por objeto cautelar que las condiciones generales sean efectivamente consentidas. Otras reglas previenen el fraude y se aplican aunque las cláusulas sean aparentemente aceptadas. Así una cláusula puede ser impugnada cuando es sorpresiva, entendiéndose por tal la que desvirtúa aquello que razonablemente puede esperarse del contrato la parte que la acepta. La jurisprudencia ha estimado sorpresiva toda cláusula que contradiga las apariencias que rodearon la celebración del contrato: propaganda, folletos, necesidades que se ofrece satisfacer, etc.

La ley contiene además una norma general que declara ineficaces las cláusulas que atenten visiblemente contra la buena fe contractual (art. 9) y normas específicas que declaran inadmisibles o impugnables ciertas cláusulas (art. 10 y 11) salvo acuerdo explícito de las partes. Se trata de cláusulas que permiten presumir engaño, por lo que su inclusión sólo puede producirse por acuerdo especial sobre la materia (cláusulas penales gravosas para el consumidor; renuncia a la acción resolutoria o a la restitución del precio; restricción de la responsabilidad por calidades de la cosa afirmadas por el vendedor; alteración del peso de la prueba, etc.)

A la ley alemana, han seguido la ley inglesa de 1977 y la ley francesa de protección del consumidor de 1978, cuyo capítulo IV se refiere a la protección contra cláusulas abusivas.

La ley francesa que regula las condiciones generales entre otras materias relativas a los consumidores, contiene una norma sustantiva al respecto: son abusivas las

cláusulas "que aparecen impuestas a los no especialistas (no profesionales) o consumidores por el abuso del poder económico de la otra parte y confieren a esta última una ventaja excesiva". (art. 35, inciso primero).

Pero la ley no entra a definir este principio, enunciando, como las leyes alemana e inglesa, las reglas particulares que permiten calificar los abusos. Esta tarea de "prohibir, limitar o reglamentar" las cláusulas abusivas corresponde al Consejo de Estado, previo informe de una comisión creada por la propia ley denominada "Comisión de cláusulas abusivas".

En la discusión del proyecto se desechó la opción jurisdiccional como órgano de control y se eligió, según una constante muy francesa, a un órgano administrativo. Así, las cláusulas abusivas son reguladas mediante reglamentos administrativos. Ello no excluye, sin embargo, la intervención judicial que, aplicando dichos reglamentos o directamente el Código Civil declare nulas ciertas cláusulas.

Como en otros órdenes jurídicos, la ley francesa establece como efecto de la nulidad de una cláusula su reemplazo por las normas del derecho supletorio. Así, un connotado jurista francés ha declarado que las normas sobre condiciones generales abusivas, lejos de innovar las reglas del derecho privado, las han hecho recuperar su vigencia, al atacar prácticas contractuales que se alejan de los principios de conmutatividad que rigen las normas de la naturaleza de los diversos contratos.

El Consejo de Estado actuó rápidamente en la materia y, siguiendo criterios compartidos en el derecho comparado y que estuvieron muy presentes con ocasión de la discusión pública de la ley, ha declarado ilícitas diversas prácticas contractuales: la adhesión a cláusulas que no aparecen en el documento que se firma; la subordinación de la ejecución del contrato a motivos arbitrarios dependientes del proveedor; la reserva que efectúa quién propone la cláusula del derecho a modificar unilateralmente las características de su prestación; la renuncia a la acción resolutoria; las cláusulas agravantes de la responsabilidad del consumidor.

Como en Alemania, las reglas francesas tienden a cumplir dos objetivos: cautelar que las condiciones generales de contratación sean efectivamente consentidas y, aunque formalmente lo sean, negarles valor cuando se puede presumir un abuso de la parte que los formula.

4.- Reseña.

El problema de las condiciones generales de contratación se puede reseñar en una frase de Ihering: "Estimar que un contrato formalmente consentido es siempre válido es dar permiso de caza a los piratas y a los bribones". El uso de estas cláusulas, aunque inevitable y desde muchas perspectivas ventajoso para los intercambios, tiene el riesgo de que, por la propia rapidez de los contratos de adhesión, favorezcan el abuso de quien las emplea.

Las reglas, analizadas desde esta perspectiva dominante en el derecho comparado, son concretizaciones de principios ya establecidos del derecho de los contratos: la protección del consentimiento (art. 1452 ss); el respeto a las buenas costumbres del comercio (arts 1461 y 1467), los deberes recíprocos de lealtad y confianza que se expresan en el principio de buena fe (art. 1546) y las normas sobre interpretación de los contratos (esp. art. 1560 y 1566).

La dictación de una ley sobre la materia es posible, aún sin mediar un desarrollo jurisprudencial previo, a condición de que se recoja la vasta experiencia comparada en la solución de casos. Un ejemplo reciente al respecto es la seria discusión en España de un proyecto legislativo.

La inclusión de procedimientos generales preventivos, pero no obligatorios, que permitan a los tribunales calificar en abstracto si ciertas condiciones generales de contratación lesionan intereses de los consumidores, es un mecanismo que permite mejorar las prácticas comerciales y que asegura a los empresarios que las condiciones de contratación que empleen no son impugnables. Las organizaciones empresariales y de consumidores debieran ser titulares de esta acción.

El derecho comparado es bastante uniforme acerca de los efectos de la impugnación de una cláusula. La impugnación alcanza sólo a la cláusula abusiva y no a todo el contrato y, una vez que aquélla ha sido declarada nula, rigen las normas legales supletorias que rigen los elementos de la naturaleza del respectivo contrato.

Por último, las normas no significan una limitación al derecho de las partes de negociar las cláusulas de sus contratos. Se trata de restricciones a las condiciones generales de contratación, esto es, se establecen reglas para los casos en que una de las partes ofrece a la otra un contrario reglamentario elaborado por ella misma. Cuando las cláusulas son objeto de acuerdo explícito, las normas cautelares pierden su sentido.