

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL CONTRATO POR ADHESIÓN Y LA ESCRITURA PÚBLICA(*)(536)

LAUREANO A. MOREIRA

SUMARIO

I. El contrato por adhesión. II. El contrato por adhesión celebrado en escritura pública. III. El deber de imparcialidad del notario. IV. Conclusiones.

I. EL CONTRATO POR ADHESIÓN

En otras oportunidades he estudiado la temática de los contratos celebrados mediante la adhesión de uno de los contratantes a un texto contractual prerredactado por la otra parte(1)(537).

En este trabajo encaró el estudio del caso, menos frecuente y menos estudiado por la doctrina, de la expresión de la voluntad de uno de los contratantes en un contrato celebrado en documento notarial protocolar, mediante su adhesión al texto contractual preparado por el otro contratante o por el notario, sin que el adherente tenga la posibilidad de discutir su contenido.

Para lograr una mayor claridad en la exposición, cabe resumir los rasgos que caracterizan a los llamados contratos por adhesión, tema ya expuesto en los trabajos antes mencionados.

La doctrina moderna los denomina "contratos por adhesión", con abandono de la anterior denominación de "contratos de adhesión", porque no se trata de un nuevo tipo de contrato, sino de una forma de expresar el consentimiento por uno de los contratantes, que se adhiere al texto preparado de antemano por el otro contratante, sin que corrientemente pueda deliberar las consecuencias legales que se deriven de él, ni discutir las cláusulas que lo integran.

Esta forma de contratación es la consecuencia de la producción masiva de bienes y servicios, que dio origen a una contratación también masiva. La necesidad de celebrar con rapidez los contratos y de disponer de un texto que unifique las relaciones contractuales de una empresa con sus numerosos cocontratantes ha llevado a la difusión de esta técnica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documental.

Esta celebración masiva de los contratos se caracteriza por la ausencia de discusiones preliminares, la prerredacción del texto contractual por una de las partes, corrientemente llamado "el predisponente"; la adhesión de la otra parte o "adherente" a ese texto; la corriente, pero no inevitable superioridad económica del predisponente; la frecuente remisión a reglamentaciones, condiciones generales, u otros documentos que no siempre se transcriben, aplicables a la relación contractual; el frecuente empleo de cláusulas vejatorias o leoninas, que imponen consecuencias legales de cierta gravedad al adherente; y el corriente desequilibrio en las atribuciones legales de las partes.

Pero, en esencia, el contrato por adhesión consiste en esta peculiar manera de expresar el consentimiento de una de las partes: la adhesión, de forma tal que pueden ser celebrados por adhesión todo tipo de contratos, legislados o no, cualquiera que sea la forma de su documentación: documentos privados impresos o no, manuscritos, mecanografiados, documentos notariales, e incluso contratos verbales.

La problemática del contrato por adhesión se centra en el hecho de que, mediante su empleo, el predisponente suele imponer al adherente su superioridad económica, y, haciendo abuso de esta situación, fuerza la aceptación de cláusulas que desequilibran la relación.

En oposición a los contratos llamados por adhesión, la doctrina ubica a los llamados contratos paritarios, que se derivan de la discusión por los contratantes de las cláusulas que lo integran.

Para evitar los abusos comentados se han ensayado diversos remedios tendientes a establecer una relación más equilibrada: en primer lugar, una hermenéutica jurisprudencial que interpreta las cláusulas oscuras o contradictorias de los contratos celebrados mediante adhesión, en contra del predisponente, o de la parte que originó la oscuridad o la contradicción, que otorga preferencia a las cláusulas agregadas al final del contrato, en contradicción con su texto prerredactado, porque suelen derivar de una discusión de las partes y expresan la voluntad común con mayor fidelidad que el texto predispuesto. A su turno, el legislador ha echado mano al requisito de establecer la necesidad de previa aprobación administrativa de los textos de ciertos contratos, en algunas materias de peculiar importancia, como los contratos de seguros, las cláusulas hipotecarias en los contratos de ahorro y préstamo, etc. Y, de una manera más general, en algunos países se establecen recaudos tendientes a llamar la atención de los adherentes sobre ciertas cláusulas de los contratos, como son la obligatoriedad de la firma por separado de las cláusulas que impongan renunciaciones, limitaciones de responsabilidad, caducidades, limitación a la facultad de oponer excepciones, compromisos arbitrales, etcétera.

Estas medidas tienen por finalidad evitar abusos en los contratos celebrados por adhesión, pero no implican un cuestionamiento de su validez, ni de su legitimidad, ya que se trata de una forma rápida y uniforme para la celebración de contratos masivos.

Las cláusulas que corrientemente desequilibran la atribución de facultades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre las partes suelen ser: liberación o reducción de la responsabilidad del predisponente; restricciones a la libertad del adherente para celebrar contratos con terceros; compromisos arbitrales que sustraen a los jueces competentes el conocimiento y decisión de los conflictos entre las partes y los someten a la decisión de árbitros que tienen intereses comunes con el predisponente; la facultad de éste para declarar en forma automática la rescisión o resolución del contrato; sanciones graves a cargo de los adherentes (intereses punitivos; cláusulas penales excesivas; caducidades, etc.); prórroga de la competencia territorial de los jueces; limitación de las facultades para oponer excepciones legales en los juicios, etcétera.

Estas cláusulas pueden surgir del texto mismo del contrato celebrado por adhesión, integrando las llamadas "condiciones particulares" o sea las modalidades, pactos, cláusulas accesorias que regulan determinados aspectos no esenciales del contrato (o sea que no se refieren a su objeto principal). Pero también pueden derivar de reglamentaciones, estatutos, u otros documentos y esquemas normativos a los que se remite el contrato, o sea las llamadas "condiciones generales", que el adherente no siempre tiene la posibilidad de conocer en forma fácil y directa.

Es así como se celebran numerosos contratos en documentos privados: apertura de cuentas corrientes bancarias, préstamos bancarios, contratos de seguros, "compraventa" de unidades de vivienda durante su construcción, locación de inmuebles y otros numerosos casos.

De lo expuesto surge la conveniencia de realizar una evaluación de la técnica legislativa que comentamos, que impone la necesidad de que ciertas cláusulas de peculiar importancia en el contrato celebrado en esta forma sean firmadas por separado.

Este requisito no es suficiente para eliminar la superioridad económica o jurídica del predisponente: la ley no pretende eso. Tampoco es suficiente para impedir el predominio de uno de los contratantes en la atribución de facultades y obligaciones en el contrato, ya que, como se ha visto, aunque las cláusulas fueran escritas con letra gótica o con caracteres luminosos, siempre habrá contratantes sometidos a la opción de aceptarlas o no contratar, particularmente en el caso en que el predisponente ejerza un monopolio de hecho o de derecho.

Solamente tiene como finalidad facilitar la deliberación de los contratantes, llamar la atención sobre los alcances de ciertas cláusulas, estimular su discusión entre las partes, pero sin liberarlos de su deber de obrar con diligencia, con cuidado y precaución, para evitar - en lo posible - que el contrato estatuya la ley del más fuerte, y para facilitar un mayor equilibrio en la relación contractual.

II. EL CONTRATO POR ADHESIÓN CELEBRADO EN ESCRITURA PÚBLICA

Puede, entonces, preguntarse si esta expresión de la voluntad puede verificarse en los contratos que se otorgan en documento notarial, que debe reunir las formas que establecen las leyes para asegurar la expresión válida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la voluntad de los particulares, con intervención del notario, sometido a diversas incompatibilidades en el ejercicio de su oficio que tiendan a asegurar su independencia respecto de las partes.

Entre los numerosos recaudos formales que establece la legislación para la validez y pleno efecto del documento notarial, figura la presencia del notario y de los otorgantes, la lectura que debe realizar de su texto en voz alta y en presencia de ellos, que deben ratificar su contenido y firmarlo como expresión de su voluntad. En la práctica pueden observarse, no obstante, distintos casos que ubican a ciertos contratos celebrados en escritura pública entre los llamados contratos por adhesión. Desde antiguo, la constitución de hipotecas supone en los hechos que el deudor debe aceptar sin discutir las cláusulas del contrato hipotecario, entre las que suelen incluirse algunas de las enumeradas entre las denominadas "cláusulas vejatorias" redactadas por el notario o por la parte acreedora, se trate de particulares, de entidades bancarias, financieras u organismos oficiales.

Los contratos de locación de inmuebles que a veces se celebran en escritura pública ofrecen la misma situación; y también la contratación sobre unidades de edificios en construcción, la constitución de sociedades anónimas, en algunos casos, etcétera. A veces, las cláusulas vejatorias suponen una abierta violación de las normas que integran el orden público, como las renunciaciones a trámites judiciales considerados ineludibles, a defensas legales irrenunciables con anticipación, o a otras disposiciones imperativas. Esas cláusulas serán nulas, se trate de un contrato por adhesión o de un contrato paritario, celebrado con previa discusión de sus alcances.

Otras veces, la redacción compleja, oscura y contradictoria del documento ocasiona dificultades que la jurisprudencia habrá de resolver interpretándolos en contra del contratante que las originó, o sea el predisponente, o el que designó al notario autor del documento⁽²⁾(538). Ahora bien, en aquellas legislaciones (como el Código Civil italiano de 1942⁽³⁾(539) y la ley argentina 19724, llamada de "prehorizontalidad"⁽⁴⁾(540) que imponen la suscripción separada del texto principal de las cláusulas que la ley considera como posiblemente vejatorias, se presenta un problema adicional para los contratos que se otorgan en escritura pública, ya que deberá determinarse de qué manera quedará cumplido este requisito⁽⁵⁾(541).

En los documentos privados, en documento aparte, por separado, los contratantes firman las cláusulas adicionales o especiales que contienen los pactos a que se refiere la ley. Pero en los instrumentos públicos notariales, ¿deberá expresarse el consentimiento sobre estas cláusulas en otra escritura? Entiendo que en este caso será suficiente - para tener por cumplido el requisito legal - que la misma escritura contenga una declaración del adherente de que ha sido prevenido de los alcances legales de estas cláusulas y que acepta su contenido en forma expresa.

Una interpretación diferente pecaría por absurda, ya que las leyes deben ser entendidas de acuerdo con su finalidad, sin pretender su aplicación literal y estricta a situaciones ajenas al caso previsto. Por lo demás, la ley no releva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a las partes de su deber de obrar con diligencia, ni pretende suplantarlas en la determinación del contenido de sus contratos.

También cabe preguntarse cuál debe ser la actitud del notario en aquellos contratos por adhesión que se celebran en escritura pública. Cuando la redacción queda a su cargo, como en el caso de los contratos hipotecarios que realizan los particulares (en garantía de un préstamo, de un saldo de precio sujeto a plazo, del saldo deudor de una cuenta corriente, etc.), conviene recomendarle una redacción clara, que determine con precisión las obligaciones y las facultades de los contratantes, que favorezcan el logro normal de las consecuencias legales queridas por las partes, de manera que el contrato se realice en un plano de equidad, evitando la atribución abusiva de derechos y deberes y el desequilibrio de la relación.

Conviene también que preste especial atención a su labor de autor o redactor del instrumento, que puede colocarlo en la obligación de reparar los perjuicios que ocasione a los contratantes una redacción oscura o contradictoria. Una actuación inexperta o negligente en la configuración del negocio puede hacerlo incurrir en esa responsabilidad.

También debe evitar toda parcialidad en la redacción del documento, ya que no es ni puede ser el abogado de una de las partes. En los contratos por adhesión realizados en escritura pública, en los que su texto es prerredactado por uno de los contratantes, cabe recomendar al notario que en el instrumento deje constancia de que su contenido se deriva de una fórmula o proyecto predisposto por uno de ellos. Esto resultará de interés para determinar con precisión al causante de las contradicciones y oscuridades del contrato, para puntualizar adecuadamente un aspecto de importancia en la realidad comercial y para liberarlo de responsabilidad por su autoría. También conviene que haga un llamado de atención al adherente respecto de las consecuencias legales que se derivan de las cláusulas del contrato y que deje constancia de esta advertencia en la escritura.

Su función asesora debe ser prestada a todas las partes con lealtad, con imparcialidad, con independencia de criterio, tratando, en cuanto le sea posible, que el acuerdo se realice en un plano de equidad.

III. EL DEBER DE IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO

La celebración masiva de los contratos y la instrumentación de algunos contratos por adhesión en escritura pública nos enfrenta con el importante tema de la imparcialidad que debe presidir la actuación del notario.

La existencia de una fuente de trabajo notarial de gran magnitud económica, concentrada en ciertas empresas que requieren de aquellos profesionales que eligen para intervenir en los contratos que celebran, no solamente rapidez y eficiencia, sino además una actuación favorable a sus intereses, configura en los hechos un cuadro que puede dificultar seriamente una actuación imparcial.

Por supuesto que ésta es una realidad que no debe ser soslayada. Las circunstancias que han llevado a la difusión masiva de esta forma de contratación no pueden ser ignoradas ni modificadas por el notario. Pero sí

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corresponde que éste, en forma individual y además a través de sus organismos colegiales, tome conciencia plena del peligro que le acecha. La función social que desempeña el notario tiene sentido en el marco de una actuación imparcial y equitativa; pero queda incumplida cuando algún sector de la actividad económica pretende colocarlo a su servicio para obtener ventajas ilegítimas respecto de amplios sectores de la sociedad.

Por ello resulta conveniente actualizar la recomendación de considerar incompatibles todas las actividades que puedan afectar al criterio imparcial que debe observar el notario, aprobada en el I Congreso Internacional del Notariado Latino(6)(542). Esto se vincula con la determinación de las actividades que se prohíben al notario (como el ejercicio del comercio, de actividades judiciales y de otras profesiones), pero también con la orientación imparcial que debe imponer en su función. Todo esto interesa al notariado como cuerpo, y además interesa a la sociedad organizada, que necesita de la actividad autenticadora, cautelar e imparcial del notario, que a través de las autoridades competentes debe establecer y hacer cumplir las disposiciones que aseguran el desempeño imparcial de la actividad notarial.

Las autoridades no pueden mantener en este campo de actuación una actitud neutral o indiferente, que lo deje a merced de los sectores interesados en hacer predominar sus intereses. Fundamentalmente, se trata de hacer cumplir principios que tienen vigencia expresa en algunas legislaciones y que se encuentran implícitos en otras, como es el de la necesaria imparcialidad del notario frente a los intereses de las partes contratantes.

La ley 6191 que rigió para el notariado de la provincia de Buenos Aires(7)(543) establecía en su título preliminar que el escribano público "Como configurador y autor del instrumento público, actúa al servicio del derecho y no de parte interviniente alguna"(8)(544). A su vez, la ley 9020, que la sustituyó, enumera entre los deberes del notario, "obrar con imparcialidad de modo que su asistencia a los requirentes permita que el acuerdo se complete en un plano de equidad" (artículo 35, inciso 5); y enumera, entre las faltas de ética, los actos que empañan el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial (artículo 35, inciso 7, apartado a)).

Esta normativa, digna de elogio, es suficiente para resolver buena parte de los problemas expuestos, pero para lograr ese fin supone su respeto por los notarios y la firme actividad de los colegios profesionales y de las autoridades competentes, tendientes a evitar las posibles trasgresiones a las que invita la concentración económica y la contratación masiva.

IV. CONCLUSIONES

1. La comercialización de bienes en gran escala origina la necesidad de facilitar la rápida celebración de los contratos y de unificar el texto de los que vinculan a una empresa con numerosos contratantes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. La predisposición del texto contractual por una de las partes no es suficiente para considerarlo inválido o ilegítimo. Pero debe evitarse que el abuso de su empleo pueda convertir al contrato en instrumento de sumisión o en la ley del más fuerte.

3. La adhesión es una forma de expresión del consentimiento en los contratos. Todos los contratos típicos y atípicos pueden celebrarse mediante la adhesión de una de las partes al texto contractual preredactado por la otra parte. No se trata de un nuevo tipo contractual, y en la moderna doctrina se lo denomina "contrato por adhesión", no "de adhesión".

4. El contrato por adhesión se caracteriza por la ausencia de discusiones preliminares sobre su contenido; la redacción previa del texto por una de las partes (el predisponente); la adhesión de la otra parte (el adherente), la frecuente superioridad económica del predisponente; la corriente remisión a reglamentaciones, documentos y condiciones generales aplicables al contrato celebrado; el frecuente empleo de "cláusulas vejatorias o leoninas", que imponen consecuencias legales excesivamente onerosas a la parte adherente; y el corriente desequilibrio de las contraprestaciones de los contratantes.

5. Para limitar los abusos en el empleo de los contratos por adhesión, cabe recomendar:

a) La incorporación a Códigos de fondo de normas que aseguren a los adherentes el conocimiento pleno de las cláusulas que tienen una importancia relevante en la relación contractual, que, siguiendo el esquema del Código Civil italiano de 1942 y de la legislación argentina en materia de seguros y de prehorizontalidad, impongan la suscripción por separado de las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente, impongan a los adherentes renuncias, plazos de caducidad para el ejercicio de sus derechos, limitaciones a la libertad de celebrar contratos con terceros, prórrogas automáticas, la intervención de árbitros designados por el predisponente, y demás cláusulas que ocasionen un grave desequilibrio en la atribución de facultades y obligaciones entre las partes.

b) El contralor administrativo del texto de los contratos por adhesión que vinculan a numerosos contratantes, como se aplica en materia de seguros, contratos de ahorro y préstamo, etc., y particularmente cuando el predisponente ejerce un monopolio de hecho o de derecho.

c) El contralor judicial que ha receptado la jurisprudencia por vía de la interpretación de los contratos, estableciendo una aplicación favorable al adherente de las cláusulas preredactadas en forma oscura o contradictoria, responsabilizando al causante de la oscuridad o contradicción; y la prevalencia de las cláusulas agregadas al final del contrato en contradicción con el texto preestablecido, que refleja mejor la voluntad común de los contratantes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

6. En los contratos por adhesión celebrados por escritura pública cabe recomendar al notario:

a) La redacción del contrato en forma clara y precisa, ajustada al derecho y a los fines queridos por las partes.

b) Dejar constancia en el texto de la escritura si se trata de una fórmula o proyecto predisposto por una de las partes.

c) Llamar la atención del adherente sobre las consecuencias legales que se deriven del texto contractual, y dejar constancia de ello en la escritura.

d) Asesorar a todos los contratantes con independencia de sus intereses, de modo imparcial, con equidad y lealtad.

7. En toda su actuación, y especialmente al redactar el documento público, el notario debe actuar al servicio del derecho y no de parte interviniente alguna; debe obrar con imparcialidad y asistir a los otorgantes para que el acuerdo se realice con equidad.

8. Constituyen falta de ética profesional los actos y omisiones del notario que violen su deber de actuar con imparcialidad.

9. El respeto al deber de imparcialidad interesa al notario, a las asociaciones notariales y a la autoridad pública.