XVI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Cuba 22-25 de noviembre de 2014

Tema II: "*Las cláusulas abusivas y el control de legalidad que ejerce el notario*".

Abusus non est usus, sed corruptela

Pautas Nacionales

Tal como se acostumbra y, además, porque así corresponde, en mi carácter de Coordinador Nacional he tenido en cuenta el lineamiento de las pautas redactadas por el Coordinador Internacional (en nuestro caso, la colega colombiana Amparo Quintero Arturo), para –a mi vez– hacer lo propio con estas que llegan a ustedes.

Todo ello, aunque esas pautas recibidas, por su extensión, puedan resultarnos un tanto breves, pero no por ello dejan de indicarnos cuáles son los caminos por los cuales la coordinadora internacional entiende que debemos transitar. Seguiremos entonces esa brevedad.

Claro está que en la ponencia no podremos dejar de referirnos especialmente a la realidad de nuestro país. Para ello, todos los aportes serán bienvenidos ya que ayudarán a elaborar esa ponencia que, en definitiva, será presentada en representación del notariado de nuestra República.

I. Consideraciones previas

Amparo Quintero comienza diciéndonos que "*Uno de los avances más interesantes que se presentan en la actualidad a lo largo de todas las disciplinas, es la tendencia de utilizar mecanismos preventivos para evitar la ocurrencia de siniestros de cualquier tipo. Los académicos de las diferentes disciplinas dedican importantes esfuerzos a este campo. Una de las instituciones internacionales que más ha invertido esfuerzos en crear un mecanismo idóneo ha sido la ONU por medio de la estructuración y divulgación de la diplomacia preventiva*."

En nota a este inicio, se refiere, a modo de ejemplos, a que "*En numerosos compromisos a lo largo de los últimos años, los enviados y mediadores de la ONU han demostrado el valor de la diplomacia preventiva a tiempo. Sus esfuerzos han contribuido, por ejemplo, a proteger transiciones democráticas frágiles en Guinea y Kirguistán, a alentar acuerdos políticos en el Yemen, a canalizar los enfrentamientos hacia el diálogo en Malawi y a propiciar un referendo pacífico en el Sudán Meridional*."

Si antes dijimos que las pautas podían resultarnos un tanto breves, de pronto nos encontramos con que la Coordinadora internacional se refiere a la diplomacia en el sentido de que ella juega un papel preponderante en las complejísimas circunstancias por las que atraviesan hoy las naciones. Quizá huelgue haberla calificado como "preventiva" pues no otra podría ser hoy la principal misión de tan apreciada como antiquísima práctica.

Todo ello es muy cierto pero sólo a modo de ejemplo puede venir al caso, pues la labor de los notarios puede escasamente contribuir a obtener la tan ansiada paz a ese nivel.

Y así entendemos que lo ha hecho Amparo Quintero, pues inmediatamente nos dice que del mismo modo las demás disciplinas que el hombre practica hacen lo suyo, y, como ejemplo por demás ilustrativo, toma el caso del pronto diagnóstico médico que suele permitir que el correcto tratamiento tenga una alta probabilidad de resultar favorable.

Así entonces, lo mismo sucede en la ciencia del Derecho, la que en sus diversas ramas desarrolla ingentes esfuerzos en la búsqueda de mecanismos que permitan prevenir los litigios y garantizar el equilibrio contractual.

II. El quehacer notarial

Nos permitimos recordar aquí parte de la ponencia que llevó nuestro país al XXXI Congreso Internacional del Notariado, en el Tema II, "El documento notarial al servicio de la seguridad jurídica de las inversiones. En particular, su fiabilidad para la publicidad registral y su fuerza ejecutiva".

Allí dijimos que:

"*1) El notario es hacedor de la seguridad jurídica preventiva en la medida en la que no sólo la asegura sino que la construye, la realiza y la perpetúa.*

2) El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere.
3) El sistema latino constituye un fiel reflejo de nuestra concepción social, cultural y filosófica. De allí el modo de relacionarnos no sólo entre nosotros, como sujetos, sino también con las cosas mismas. Entablamos con ellas vínculos harto complejos, no sólo desde lo jurídico y económico sino y especialmente desde lo social y psicológico, que exceden la sola materialidad. Es por ello que no nos resulta suficiente ni nos conformamos con la simple indemnización ante la pérdida de los derechos y la propiedad. Por ello, nuestro orden jurídico instrumenta un sistema que pretende brindar al titular del dominio una seguridad jurídica plena.
4) El notario, en este sistema, es un profesional del Derecho a cargo de una función que por su importancia social debe considerarse pública. Es depositario de la fe pública pero su labor no se agota allí. En la actualidad se ha convertido en un verdadero protagonista de los actos y en un actor imparcial en toda la etapa negocial, para lo cual debe capacitarse permanentemente y profesar principios éticos inquebrantables".

Nuestro quehacer se torna así indispensable para la obtención de esa seguridad jurídica preventiva, arrojando como resultado una más que apreciable disminución de la intervención judicial, a la que se llega, lamentablemente, cuando el conflicto no pudo ser evitado. Es entonces esa labor notarial la que implica en la práctica una considerable disminución de aportes por parte de los estados, circunstancia que especialmente en latino américa no es cuestión menor.

Ese quehacer debe estar siempre a la altura de las circunstancias, ya que la vida y los comportamientos sociales mudan constantemente. En nuestra especialidad, nuevas formas contractuales hacen su aparición y ellas deben ser prontamente atendidas, lo que lleva necesariamente a que el notario deba mantener un conocimiento actualizado y acabado de la realidad social en la que desenvuelve su tarea, perfeccionándose constantemente. El involucramiento de los distintos colegios que nos agrupan no puede estar ajeno a ello.

Fácil es comprobar que la necesidad del tráfico comercial y la cada vez más rápida circulación de los valores, lleva a la adopción por parte de las instituciones crediticias y de las empresas dedicadas a las transacciones

de toda clase de bienes, entre ellos especialmente de inmuebles, a la adopción de fórmulas estandarizadas que por mucho que se las pretenda disimular, terminan constituyendo verdaderos contratos de adhesión. Ello así, aun en aquellas cuestiones que indudablemente requieren "trajes a medida" y no "de confección", de esos que van más o menos a todos, pero bien a ninguno.

En la práctica, ese proceder lleva a que en la mayoría de las relaciones jurídicas no se permita o se complique de manera especial la necesaria negociación que debería existir en cada caso.

Sin duda, los trámites se ven así facilitados, lo que constituye un verdadero valor para las empresas, pero los contratos y demás documentos terminan en muchos puntos y cláusulas por alejarse significativamente del interés del hombre común, a quien el derecho se debe.

Ese hombre común, ese ciudadano, ante la complicación que significa pretender el cambio o adaptación a las particularidades de las circunstancias que lo rodean o en las que se encuentra inmerso, acepta entonces las cosas tal como se las presentan las empresas e instituciones crediticias y, aunque no siempre es el más débil en la relación, ciertamente deja de lado sus derechos como consumidor.

Allí es entonces donde la figura del notario debe cobrar especial interés. Y es especialmente en los contratos que ante él celebran los particulares donde su actuación debe resultar relevante.

En las ***Jornadas Notariales Iberoamericanas, celebradas en Punta Cana, República Dominicana, en ***, se analizó precisamente la figura del notario como garante de los derechos de las personas. Allí se afirmó que es justamente atendiendo ese ineludible deber de asesoramiento, la forma con la que cumplimos con nuestra responsabilidad social y con nuestro compromiso con la comunidad.

De ese modo, nos convertimos en garantes de los derechos de las personas, y, en especial, de los más vulnerables, quienes son aquellos que ven a diario cercenados sus derechos, con la aceptación de cláusulas cuya comprensión, sin el debido asesoramiento, está fuera de su alcance y resultan entonces abusivas.

Los gobiernos de cada estado deben también involucrarse en estas situaciones a través de reparticiones que se ocupen de preservar los derechos del consumidor.

III. Temas que entendemos deben ser abordados en la ponencia argentina

Como adelantamos al comienzo, deberíamos especialmente referirnos a nuestra realidad, sin perjuicio de comenzar por los principios generales y por ese debido quehacer notarial en sentido amplio.

La coordinadora ha sugerido estos temas:

a) *Contexto. Cláusulas abusivas y las obligaciones del notario frente a ellas en los distintos ordenamientos.*

b) *Notas de derecho comparado sobre las codificaciones que han tomado una posición activa sobre el control de las cláusulas abusivas por parte de los notarios.*

c) *Análisis sobre los medios usados para el control de las cláusulas abusivas.*

d) *Resultado de la gestión ejecutada.*

e) *Ventajas y desventajas de la aplicación de la misma política de cara a las reglamentaciones particulares de cada país.*

f) *Viabilidad del desarrollo de una política común o de la construcción de una guía de buenas prácticas a implementar sobre la materia.*

Sin perjuicio de ello, creemos que en nuestra ponencia los lineamientos generales deben pasar por:

1. Aspectos generales de la contratación masiva.
2. Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en la Argentina.
3. Posibilidades reales de intervención del notario para evitar los abusos. Su especial papel en las contrataciones entre particulares.
4. Legislación vigente y proyectada, en especial, las normas propuestas en el proyecto de unificación de los códigos civil y comercial.
5. La actuación del notario y su función social

IV. Bibliografía

Obras generales

-**Farina**, Juan M.. Contratos comerciales modernos. Buenos Aires: Astrea, 2005.

-**Ghersi**, Carlos Alberto. Boleto de compraventa. Buenos Aires: Universidad, 2006.

-**Ghersi**, Carlos Alberto. Nulidades de los actos jurídicos. Buenos Aires: Universidad, 2005.

-**Gregorini Clusellas**, Eduardo L. Derecho de los contratos. Parte General. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

-Pérez Hualde, Fernando. Derecho de los contratos. Buenos Aires :Ad-Hoc, 2008.

-Stiglitz, Gabriel A. **Stiglitz**, Rubén S. Derechos y defensa de los consumidores. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

-Tinti, Coordinador, Guillermo Pedro. El abuso en los contratos. Avellaneda: Abaco, 2002.

Artículos de doctrina

-Alterini, Jorge Horacio. La ley y el juez ante las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta. En: ED, 153-911.

-**Alterini,** Atilio Aníbal. Las reformas a la Ley de defensa del consumidor. En: **Vázquez Ferreyra**, Roberto. Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Buenos Aires La Ley 2008, pp. 3-23.

-Babot, Fernando. Ley de Defensa del Consumidor vs. Ley de Seguros: el Final. En: La ley. Doctrina Judicial, 10/07/2014, 9. Nota a fallo "Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS). B. O. O. c. C., R. M. s/ daños y perjuicios." 08/04/2014.

-Causse, Jorge R. Protección de los deudores hipotecarios en la reciente legislación española. En: La ley, 25/07/2014, 1.

-Causse, Jorge Raúl. Legitimación del administrador del consorcio para el otorgamiento de actos jurídicos. En: XLVII Seminario Teórico práctico Laureano Moreira, mayo de 2004.

-Cuiñas Rodríguez, Manuel. Cláusulas abusivas en los contratos de telefonía fija y móvil. En: La ley 1999-E, 1104.

-Frustagli, Sandra Analía. Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas [Análisis de su regulación en los derechos español y argentino]. En: Jurisprudencia Argentina. JA 1999-III-975.

-Garrido Cordobera, Lidia M. R. Las cláusulas abusivas y la mirada del análisis económico del derecho. En: La ley, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-III,10.

-Ghersi, Carlos Alberto. La tutela del consumidor como "estamento" . En: La ley Litoral 2013 (marzo), 135. Nota a fallo "Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFedParana). Municipalidad de Paraná c. Cablevisión S.A. s/sumarísimo". 27/08/2012.

-Lamber, Néstor Daniel. Cláusulas negociales en el mercado inmobiliario y el derecho del consumidor. En: XXXV Seminario Teórico práctico Laureano Moreira, mayo de 1998.

-Morello, Augusto Mario; **Stiglitz**, Rubén. Control jurisdiccional de la administración sobre las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión: el acceso del consumidor a la justicia. En:JA 1999-III-783.

-Mosset Iturraspe, Jorge. Las cláusulas abusivas en la ley 24.240, art. 37, y en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, art. 968. En: ED, 190-671.

-Piedecasas, Miguel A. Consumidor y seguros. En: La ley, 23/06/2014, 1.

-Rinessi, Antonio Juan. Eximentes de responsabilidad contractuales. En: Revista de derecho de daños. 2006 Numero 1, pp. 171-207.

-Saux , Edgardo I.; **Muller**, Enrique C. Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores. En: JA 1999-I-1008.

-Stiglitz, Rubén. Defensa del consumidor, los servicios bancarios y financieros. En: La ley, 1998-C, pp. 1035-1048.

-Stiglitz, Rubén. Seguro contra la responsabilidad civil en el Mercosur y control del Estado sobre las condiciones generales de póliza. En: JA 1996-I-914.

-Wajntraub, Javier H. Las condiciones generales de contratación y la cuestión de las cláusulas abusivas y ambiguas. En: JA 1999-I-893.

Jurisprudencia

-**Cámara Nacional Comercial Sala E**. Castro, Alberto Edgardo c. Del Viso Investment S.A. y otros 30/06/2009 Tema de la carátula: Barrios cerrados. Boleto de compraventa Número de causa 81.316/04. Publicado el 31/07/2009 en Eldial.com AA54E5.

-**Corte Suprema de Justicia de la Nación**(CS). B., O. O. c. C., R. M. s/ daños y perjuicios. 08/04/2014. En: La ley. Doctrina Judicial, 10/07/2014, 9.

-Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFedParana). Municipalidad de Paraná c. Cablevisión S.A. s/sumarísimo. 27/08/2012. En: LLLitoral 2012 (octubre), 1007 - LLLitoral 2013 (marzo), 135.

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C. Grupo Rox S.A. c. Día Argentina S.A. s/ ordinario • 10/10/2013. La Ley Online, AR/JUR/85048/2013.

-**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A**. Catena, Martha Enriqueta c. Banco Bansud s/cumplimiento de contrato • 15/09/2011. LA LEY 2011-F, 713.

-**Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I**. CTI PCS S.A. - CTI Móvil c. GCBA • 10/03/2011. La Ley Online. AR/JUR/5738/2011.

-**Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville**. Banco de Galicia y Bs. As. S.A. c. Capello, Horacio L. 18/10/2006. LLC 2007 (febrero), 72.

Congresos y Jornadas

-XXI Congreso Internacional del notariado latino. Berlín, 28 de mayo al 3 de junio de 1995. La seguridad jurídica contractual. Medio de protección al consumidor. Ponencia Argentina. Tema II.

-**XXXIV Jornada Notarial Bonaerense**. San Nicolás, 16 al 19 de noviembre de 2005. Despachos de Comisiones.