

# **LA CLAUSULA DE INTERESES EN UN CONTRATO DE TARJETA DE CREDITO.-{PRIVATE }**

## **INTRODUCCION**

"Bajamos las tasas de interés", fue el titular de una publicación del periódico La Nación el día viernes 21 de febrero de 1997, página 11 A y en el texto, se informa una comparación de la disminución de la tasa de interés tratándose de la tarjeta de crédito. De la simple lectura de la noticia, la reducción del interés es consecuencia de la disminución del costo financiero en el mercado.

Ahora bien, conocerá el usuario (consumidor final) de la tarjeta de crédito que los factores (capital-rédito-tiempo) utilizados para calcular los intereses y las cargas financieras producto de la aplicación de la cláusula de intereses en la tarjeta de crédito, puede generar la nulidad por contenido o por aplicación desproporcionada de esos factores, cuando los mismos traspasen los límites de la razonabilidad y proporcionalidad o bien infrinjan derecho irrenunciable.

El contrato de tarjeta de crédito nace como consecuencia de la división del trabajo ( al igual que otros como franchising, leasing, factoring, etc.), y actualmente, en una economía constitucionalizada de mercado y por la celeridad de las transacciones mercantiles, las mercantiles contratantes, -emisoras de tarjetas- convienen en estipulaciones rígidas, predeterminadas contenidas en un contrato tipo, constante en un formulario previamente impreso con condiciones generales que representan muchas de las veces renunciadas al acceso a la justicia, eventuales aplicaciones abusivas por cargos y tasas de interés, ausencia del derecho de precontractual de información para el usuario, etc.

Las organizaciones emisoras (franquiadas y subfranquiadas), desde todo punto de vista superiores al individuo, (asimetría entre comerciante-consumidor) en comunicación, racionalidad, capacidad innovadora, especialización, relación estratégica, reducción a términos jurídico-económicos, son impersonales, no hay elemento psicológico que afecte a la estructura organizacional, no hay represión para la organización, etc., uniformizan la contratación hacia el usuario, quedando éste en una posición de desequilibrio al suprimirse la

fase preliminar o tratativa para discutir las cláusulas incorporadas en la contratación, siendo que los ordenamientos modernos en protección del débil, han elaborado sistemas de control de las condiciones generales de esos contratos.

La protección hacia el contratante débil, -equilibrio contractual- tanto en sus intereses como en su existencia, representa la moderna tendencia mundial para rescatar la autonomía de la voluntad que como consecuencia de la globalización económica la ha reducido totalmente por la suscripción de los llamados contratos de adhesión.

Se pretende que en ese tipo de negocios jurídicos de base movable -contrataciones masivas entre comerciantes y consumidores- se integre con el principio de protección al consumidor y el resto de los derechos vinculados en la Constitución económica, así como la tutela que merece el contratante “fuerte”, todo de acuerdo al principio de unidad del ordenamiento, y tendrá especial relevancia las normas que regulan las condiciones generales en la contratación establecidas como cláusulas generales, surgida con la Ley #7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

La cláusula de intereses en el contrato de crédito, una de las condiciones generales en el contrato de tarjeta de crédito, será analizada exhaustivamente en esta investigación, para determinar si la misma es abusiva por contenido o por aplicación práctica y como llega a suceder la especie en cada caso.

Los datos con que se ha construido la realidad, han sido tomados de diferentes fuentes, con el fin de demostrar las posibles diferencias en el pago de intereses y que por ello generan la evolución de la investigación, con el fin de relacionar que la aplicación del tipo de interés puede sobrepasar los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad, y reiteramos, la imperatividad normativa.

La investigación conduce a informar al lector de la trascendencia jurídica sobre la aplicación de la norma 39 y concordantes de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en protección de sus derechos económicos y sociales en la adquisición de bienes y servicios, y que de aplicarse lo que se dirá, constituirá un efecto multiplicador sobre las masas en defensa de sus intereses patrimoniales.

En el fondo se pretende informar a los consumidores como hacer efectiva la tutela sustancial y procesal de sus intereses, individualmente o a través de organizaciones de consumidores.

## CAPITULO I

## **Derechos de los consumidores y usuarios como derechos económicos.**

### **Sección A**

#### **1. Los derechos de los consumidores como derechos humanos.**

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Nacen en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII y con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos sufriendo un proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX, dando lugar a una segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado Social de Derecho.<sup>1</sup>

Con la aparición del Estado Social y la implantación de los derechos redistributivos, se estaría operando una alteración sustancial de este esquema: se trata ahora de un nuevo tipo de derechos que dependen directamente de la esfera pública (es decir, no están socialmente internalizados, ni dependen inicialmente de su ejercicio de cálculos individuales de rentabilidad) y que vienen a interferir activamente en el proceso asignativo del mercado, operando una labor transformadora de la realidad social subyacente: lo que tiende a generar una inevitable politización en el proceso de implementación de los mismos, frente al carácter no politizado del tipo de relaciones entre derechos y poder político que se operaba en el esquema liberal. Así, en su estrato originario liberal, los derechos se sitúan en la esfera de la libertad (considerada como una proyección negativa frente al Estado) adoptando a su vez una dimensión individual, susceptible por tanto de su más amplia generalización, con el desarrollo del contexto social contemporáneo propio del Estado social parece ser la categoría de la igualdad, imputada positivamente frente al Estado, el elemento motor de los derechos,

---

<sup>1</sup> PEREZ LUÑO Antonio Enrique, Las generaciones de derechos fundamentales, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, setiembre-diciembre, año 1991, n. 10, p. 205.-

a través de una proyección competitiva sobre la esfera intervencionista del Estado, operando con un efecto fragmentador en la esfera de las distintas políticas públicas.<sup>2</sup>

Ahora, si la **libertad** fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la **igualdad** para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la **solidaridad**. La tercera generación haría referencia, entre otros como los derechos de los colectivos: trabajadores, mujeres, niños, ancianos, minusválidos, **consumidores...**, derechos que por su contenido, parece más adecuado integrarlos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales que configuran la segunda generación. En definitiva, la tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos.<sup>3</sup>

**Por tanto, se quiere**  
**más igualdad menos libertad**  
**(+ igualdad -libertad).**

## **2. Recepción de la defensa del consumidor en el constitucionalismo contemporáneo y en declaraciones de organismos internacionales.**

Se estima con frecuencia que el mensaje del presidente norteamericano **John F. Kennedy**, dirigido al Congreso de su nación el día 15/3/62, constituye el punto de partida del movimiento global en favor de la protección del consumidor.

En esa oportunidad proclamó el entonces presidente norteamericano cuatro derechos básicos del consumidor:

- el derecho a la seguridad,
  
- a la información,

---

<sup>2</sup> PORRAS NADALES Antonio J. Derechos e intereses. Problemas de tercera generación, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 10, op. cit., pp. 224-232.-

<sup>3</sup> PEREZ LUÑO, op. cit., pp.206-213.-

- a la elección y
- el derecho a audiencia (ser oído)<sup>4</sup>.

También ese mismo año, se publicó en Inglaterra el conocido Final Report of the Committee on Consumer Protection, donde se hacía referencia al “hombre como consumidor”, y se destacaba que “the consumer is everybody all the time” (Consumidor es todo el mundo en todo momento).<sup>5</sup>

Sin embargo, ese movimiento es anterior a esa data antes citada, y claro que no es casual, afirma Verardi citando a Alpa, que los movimientos de tutela colectiva hayan tenido origen en donde por primera vez se ha manifestado la así llamada sociedad opulenta: la Consumer Union nace en los Estados Unidos alrededor de 1930 de la iniciativa de dos dependientes de la American Bureau of Standard, los cuales organizan test comparativos sobre productos, difundiendo los resultados a través de medios de información.<sup>6</sup> Sigue manifestado Verardi, que la actividad principal de las asociaciones consiste en la educación al consumo y más en general en la información (difundida a través del accionar a los mass media y a la organización de convenios abiertos al público), en el control sobre los precios y en la calidad de los productos, en el ejercicio de presiones de formación de organismos administrativos dirigidos a la tutela de los consumidores. Alrededor de los años 60, las organizaciones de tutela se difunden en Europa, algunas veces a solicitud de los mismos organismos gubernamentales. Este movimiento lleva a la creación de entes públicos dirigidos a la tutela de los consumidores, como en Suecia, Holanda, Francia, Inglaterra<sup>7</sup> e Italia, permanece durante mucho tiempo extraña a este proceso, también a causa de la menor sensibilidad de la opinión pública sobre los problemas del consumo y de los retardos de la acción sindical en la materia.

Desde entonces, tanto en Estados Unidos como en Europa, se ha desatado una *sensibilización* general por estos temas, que caracteriza, por igual, a partidos políticos, sindicatos, asociaciones y medios de comunicación colectiva.

---

<sup>4</sup> conf. REICH Norberto, Mercado y Derecho, 1985, pp. 164-165.-

<sup>5</sup> BERMEJO VERA José, Derecho Administrativo, parte especial, 1996, p. 229.-

<sup>6</sup> Conf. ALPA, Diritto Privato dei consumi, citado por VERARDI Carlo Maria, Reflessioni Introductive, La protezione del consumatore tra strumenti di tutela individuale de azioni collettive en La Tutela Collettiva dei Consumatori, Collana Diretta da Mario BESSONE e Pietro PERLINGIERI, 1995, p. 9.

<sup>7</sup> Ibid.

Así, en 1973, el Consejo de Europa sanciona la denominada Carta Europea de Protección a los consumidores y, en 1975, la Comunidad Económica Europea da a conocer un Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores. Se contienen allí normas orientadoras para los Estados Asociados, con el propósito de coordinar las respectivas legislaciones en lo atinente a la defensa de los consumidores:

- a) derecho a la seguridad,
- b) derecho a la protección de la salud,
- c) derecho a la tutela de los intereses económicos,
- d) derecho al resarcimiento de daños,
- e) derecho a la organización,
- f) derecho a la información, y
- g) derecho a la expresión, al asesoramiento, a la asistencia y a la representación.<sup>8</sup>

La circunstancia de que el derecho del consumidor haya experimentado en los países industrializados un enorme desarrollo, no debe hacer creer que se trata de un fenómeno exclusivo de estas naciones. Más bien resulta lícito señalar que es una manifestación jurídica que se da en las más diversas latitudes, es decir, se trata de la protección del "**consumidor jurídico**", como uno de los grandes partícipes de la nueva realidad del tráfico negocial: **los empresarios y los consumidores**.

En primer lugar, la existencia de normas protectoras de los consumidores es propia de todas las naciones industrializadas. En efecto, en los países desarrollados se ha verificado un constante aumento de la capacidad económica de consumo de amplios sectores de la población. Sin embargo, no puede decirse que ello haya redundado absolutamente en beneficio de los consumidores.

---

<sup>8</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge y LORENZETTI Ricardo, Defensa del Consumidor, ley 24240, 1994, p. 24.-

Las constituciones más recientes de los Estados democráticos del mundo occidental se han hecho eco, a partir de la década del setenta, de la problemática de la “defensa del consumidor”, sea para tutelar sus derechos, sea para hacer más equitativas las relaciones jurídicas originadas entre productores y receptores de bienes y servicios.<sup>9</sup> Influyó además, las Directrices para la protección del consumidor, aprobadas por las Asamblea General de las Naciones Unidas, el 1 de abril de 1985.

Problemas como la inflación, la creciente influencia de las grandes empresas sobre el mercado, la producción de artículos irrelevantes, sin valor o incluso perjudiciales, la manipulación del mercado a través de prácticas desleales de venta y las variadas formas de competencia desleal, muestran también los peligros de la llamada sociedad de consumo, ante los cuales reacciona el derecho del consumidor.

Además debe recalcar que el derecho del consumidor también es un fenómeno de creciente importancia en muchos de los llamados países en vías de desarrollo. Este fenómeno se aprecia con especial énfasis en Latinoamérica, donde es posible apreciar una ininterrumpida promulgación de leyes de protección del consumidor y el desarrollo creciente de una doctrina jurídica especializada en la discusión de problemas del consumidor tales como la responsabilidad del empresario, la publicidad comercial engañosa<sup>10</sup>, el crédito al consumo, las prácticas comerciales irregulares, las ventas a plazo, las condiciones generales de la contratación, el acceso a la justicia, etc.

Si bien los contornos de esta rama del derecho así como sus límites con otras disciplinas jurídicas son relativamente inciertos, y a pesar de que existe todavía poco acuerdo en lo que respecta a sus fines fundamentales, estrategias y teorías, hay consenso en el hecho de que la protección del consumidor es una de las principales categorías de los modernos ordenamientos jurídicos.

**El extraordinario desarrollo del derecho del consumidor y su enorme importancia se debe en mucho a la insuficiencia del derecho civil clásico-liberal y el derecho comercial para manejar los problemas que plantea la moderna categoría del consumo, además,**

---

<sup>9</sup> IBID.

<sup>10</sup>La publicidad engañosa es aquella que a través de inexactitudes u ocultamientos puede inducir a error, engaño o confusión al consumidor o usuario. ANDORNO Luis, Responsabilidad por daño a la Salud o la Seguridad del Consumidor, en La Responsabilidad, Homenaje al profesor Doctor Isidoro h. Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 489.-

**es consecuencia de la protección al contratante débil ante la autonomía privada y la libre competencia de los agentes económicos en la moderna economía de mercado.**

Los principios en los que se asienta el derecho civil de las codificaciones liberales del siglo pasado, en especial la libertad de contratación, la libre competencia, la responsabilidad por culpa, la igualdad de derechos y deberes de los sujetos de derecho y la mínima intervención del estado en el mercado, conducen, de conformidad con el discurso del derecho del consumidor, a soluciones injustas cuando se los aplica para resolver los problemas que el consumo de bienes y servicios plantea constantemente, sobre todo a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial.

Se afirma, en consecuencia, que el principio de la libertad contractual conduce a fortalecer la posición de poder de la grandes empresas, las cuales pasan a regular unilateralmente, a través de las llamadas condiciones generales de la contratación, las cláusulas del contrato, no quedándole al consumidor otra alternativa que aceptarlas o no celebrar el contrato<sup>11</sup>. Y cuando se trata de servicios o bienes esenciales, no le quedaría otra solución que plegarse por entero a las normas redactadas unilateralmente por la empresa de que se trate.

La libertad de contratación produce así una situación en la que ésta se niega a sí misma. De manera similar, la libertad de competencia conduce al establecimiento de prácticas de competencia desleal, así como a la invención de prácticas desleales de mercadeo; el principio de igual de derechos y deberes se transforma en una ilusión y el de responsabilidad por culpa se convierte en la principal causa de exoneración de la responsabilidad de los productores, dado que la prueba de la culpabilidad supone:

- a) un conocimiento adecuado del proceso de producción a fin de demostrar,
- b) cual fue el deber de cuidado que se violó, y
- c) a quién resulta imputable la violación de ese deber.

---

<sup>11</sup> Son contratos de adhesión a unas condiciones generales, puesto que es el emisor quien redacta las cláusulas contractuales que rigen el funcionamiento de las tarjetas y los derechos y obligaciones de las partes contratantes, no teniendo el futuro titular de la tarjeta opción a modificar o negociar el contenido del contrato. CARBONEL PINTANEL José Carlos, La Protección del Consumidor titular de tarjetas de pago en la Comunidad Europea, 1994, p. 209.-



El derecho de protección al consumidor se entiende, en consecuencia, como una reacción ante los déficits de las codificaciones tradicionales, donde la falta de experiencia, de conocimiento y de organización del consumidor, así como la necesidad de racionalizar las decisiones de consumo, son algunas de las principales situaciones que mueven al legislador a actuar en este campo.

La idea de la protección del consumidor ha encontrado actualmente acogida no sólo en el derecho público -especialmente en el derecho administrativo, penal y procesal, sino también en el derecho privado, a nivel de obligaciones y contratos, especialmente en el campo de los llamados contratos mercantiles atípicos, donde el derecho del consumidor encuentra uno de los terrenos más fértiles.

Igual, se afirma que la mayoría de estas manifestaciones contractuales (tales como el leasing, el franchising, los contratos informáticos, el factoring, y la tarjeta de crédito, entre otros), presentan problemas que deben ser abordados desde la perspectiva del derecho del consumidor, si es que no se quiere errar en la correcta valoración jurídica de su naturaleza, estructura y función, y ni que decir de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, donde, dice Vallespinos<sup>12</sup>, el individuo se enfrenta ante agresivos sistemas de publicidad, con un marketing y una sofisticada ingeniería de ventas en un mercado altamente competitivo.

Puede decirse que aquel que busca la solución de los problemas jurídicos modernos y candentes en la letra de las codificaciones tradicionales, como el código civil y el mercantil, corre el riesgo de perderse.

### **3. La protección del consumidor como manifestación del nuevo modelo de intervención administrativa.-**

A partir del modelo del Estado Benefactor, que en nuestro caso da inicio a partir de la Constitución Política de 1949, teniendo en su mayor intensidad a partir de los años 60 hasta

---

<sup>12</sup>VALLESPINOS Carlos Gustavo, Responsabilidad por daños a los intereses económicos del consumidor, en La Responsabilidad, op. cit., p. 492.-

finales de los 80, la intervención estatal en la economía tuvo una tendencia hacia el reforzamiento.

Esto condujo, inclusive, al desarrollo de las llamadas empresas estatales, y a la fijación de precios y al establecimiento de márgenes de comercialización.

En cuanto al comercio exterior, se dieron diversas formas de enfrentarlo, siempre con la tendencia hacia su obstaculización, en aras de un modelo de sustitución de las importaciones, estableciéndose cuotas máximas de importación y limitaciones en la compra de divisas.

Posteriormente, se produce y genera una necesidad de cambio en torno a la óptica con la cual se mira la intervención del estado en la economía, la cual ha llevado a dos procesos:

- la tendencia hacia la globalización del comercio exterior, suscribiéndose tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio, con lo cual se prescinde de los obstáculos públicos al mismo, y
- la reformulación de la intervención administrativa en la economía, abandonándose el concepto del Estado-empresario, y replanteando la política de protección al consumidor.

El desarrollo del derecho del consumidor como consecuencia de la protección al contratante débil ante la autonomía privada y la libre competencia de los agentes económicos en la moderna economía de mercado, se debe a la insuficiencia del derecho civil y mercantil para regular todos los problemas que plantea la sociedad de consumo.

### 3.1. Cambios legales:

Como producto de presiones exógenas a nuestra propia realidad política y social, y siendo esto parte del nuevo modelo del Estado que se impulsa por parte de los organismos

internacionales, tales como el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, y el Banco Interamericano de Desarrollo, en nuestro medio se produce la iniciativa de ley por parte del Poder Ejecutivo de lo que se llama hoy día, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

De su exposición de motivos, se resalta la conciencia del Poder Ejecutivo, de la necesidad de reformular la intervención del legislador en protección del consumidor, partiendo no ya de un simplista planteamiento a partir de fijación de precios y establecimiento de márgenes de comercialización, sino introduciendo un modelo administrativo y judicial en el cual, de forma expedita y reforzada, se logrará la protección de los intereses del consumidor, que dicho sea de paso, es la ley 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no obstante, existen otras leyes por las cuales se tutela la protección del consumidor.

### 3.2 Cambios Constitucionales.

Como era posible preveer, este nuevo modelo de intervención administrativa precisaba, por la importancia y alcances de los efectos que el legislador incorporó mediante la ley antes citada, de una reforma constitucional que permitiera el reforzamiento de la figura del Estado, y además, incorporar dentro del cuerpo de garantías constitucionales, la de la protección de los intereses del consumidor, todo lo cual fue recogido por la reforma constitucional de reciente aprobación incorporada mediante la ley número 7607, a partir de la cual se reforman los artículos 24 y 46.

El artículo 46 constitucional, reformado por ley 7607 de 18 de junio de 1996, establece en su párrafo quinto:

**"Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan**

**para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias."**

Del texto anterior, se deducen **derechos fundamentales** del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos, y **derechos instrumentales**, necesarios para garantizar los derechos fundamentales, entre ellos, la información, la educación y la participación de organizaciones propias.

En la configuración de los derechos fundamentales, el documento constitucional debe ser el punto de partida y el límite de las interpretaciones constitucionales<sup>13</sup>, es por eso, que la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*<sup>14</sup> y no precisamente como ordenamiento escrito sino que incluye el conjunto de valores y principios que expresa o implícitamente contiene.<sup>15</sup>

**Los derechos de los consumidores y usuarios<sup>16</sup> a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, pueden ser concebidos como derechos económicos** además del derecho a la propiedad privada, la libertad de comercio, agricultura e industria y la libertad de contratación, entre otros, que contenidos en las leyes, deben interpretarse conforme a la Constitución<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> véase el Considerando IV del voto 3495-92 de la Sala Constitucional.

<sup>14</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 1994, pp.49-61.-, quien además indica que: la constitución no es, pues, una norma verdaderamente justiciable, teniendo en cuenta que, según el sistema, el Tribunal Constitucional al concentrar en sí toda relación posible de la Constitución con las normas, y hacerlo al margen del proceso aplicativo de éstas pierde su naturaleza judicial, quedando los verdaderos órganos judiciales separados, con un vigor formal mantenido sin debilidades, de la Constitución y de su fuerza normativa y vinculados sólo por las leyes y reglamentos que el "legislador negativo" va paulatinamente depurando.

<sup>15</sup> El considerando IV del voto 3495-92 de la Sala Constitucional, establece que "El derecho de la Constitución, compuesto tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del Internacional y, particularmente, los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo, le transmiten su propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores incluso anteriores a los mismos textos legislados, los cuales son , a su vez, fuente de todo sistema normativo propiedad de una sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la democracia y la libertad, de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios -entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son, por definición, criterios de constitucionalidad-, o bien que conduzcan a situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado, no puede ser constitucionalmente válido..."

<sup>16</sup> véanse votos 2757-93 y 1441-92, ambos de la Sala Constitucional.

<sup>17</sup> Los derechos e intereses legítimos de los consumidores representan un marco conceptual programático y regulatorio fundamental que fortalece la seguridad jurídica y define el camino de nuestro desarrollo futuro. Extracto de la exposición de motivos del proyecto de ley 12023 "Ley de reformas a los artículos 24 y 46 de la Constitución Política."

### 3.3 Cambios estructurales.

Tal y como se planteó, el proceso bajo estudio ha traído una nueva forma de intervención estatal en la actividad económica de los particulares. Para algunos, se trata de la liberalización de la economía, para otros, del liberalismo social.

Lo importante y determinante en todo caso, es que se han incorporado diversas modificaciones estructurales, entre ellas, la abolición paulatina de las políticas arancelarias para la restricción de la importación de bienes suntuarios y la desregulación de la economía.

### 3.4 La desregulación.-

Se afirma que **la promoción de la libre competencia es el eje fundamental de la defensa del consumidor**<sup>18</sup> y en Estados Unidos, a partir de los años setenta ante la insatisfacción de la regulación como método o instrumento único de acción de los poderes públicos que surge un movimiento para valorar de nuevo la necesidad de los programas de regulación que administraban los mercados para promover la buena marcha de determinadas industrias. Este movimiento se extendió enormemente de modo que el sistema de regulación fue profundamente analizado desde distintas ópticas políticas y académicas, centrándose todas ellas en un tema emergente: la desregulación.<sup>19</sup>, así, contrario a lo que muchos han creído, el concepto jurídico de la desregulación, desde la óptica del Derecho Administrativo, lejos de implicar la liberación total de regulaciones a la actividad económica de los particulares, trae consigo más bien una regulación de nuevo cuño.<sup>20</sup>

Este fenómeno, al decir el autor citado, conducido a que mediante " un estudio profundo de todas las potestades de intervención, poniendo en cuestión aquellas que no se justifican por

---

<sup>18</sup> LOPEZ-LOPEZ Flor, Desregulación, Liberalización y Competencia, un enfoque histórico, en Revista de Ciencias Jurídicas, año 32, Setiembre-Diciembre 1995, n. 82,p.126.-Se puede afirmar que la regulación económica tiene un nuevo sentido, como consecuencia de asignarle, entre otras, la función de estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores. CASSAGNE, Juan Carlos, La Intervención administrativa, 1994, p. 168.-

<sup>19</sup> CASES PALLARES Luis, Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, 1995, pp.32-33.-

<sup>20</sup> SORIANO GARCIA, José Eugenio, Desregulación, privatización y Derecho Administrativo, p. 57.

el fin para el que teóricamente se exigieron", el Estado deba asumir la tarea de "cuidar y preservar el mercado y su correcto funcionamiento, como elemento precioso para construir una sociedad más libre y más madura. El mercado es claro, no se cuida por sí mismo. Ello conduciría a su destrucción por el más poderoso. Hay que definirlo. El mercado, digámoslo de nuevo, no es un elemento natural de la sociedad. Es un elemento social totalmente artificial, un invento sofisticado de las naciones cultas, invento que por demás no tiene una gran historia, sino que es bastante reciente (como mercado libre). Corresponde a los poderes públicos definirlo, cuidarlo, mimarlo y conseguir que nadie se aproveche torticeramente de él. Pero de modo alguno intervenirlo. La desregulación no supone, pues, merma alguno de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes."<sup>21</sup>

Es en medio de este juego de relaciones y poder, que surge como principio rector de la intervención estatal en la economía, **el concepto de la subsidiariedad**, el cual veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa.<sup>22</sup> Como resultado de este proceso la política social comienza a enfocarse desde una óptica más global y menos sectorial y en vez de tanto Estado o igualdad como sea posible, como predicaba el "Estado de Bienestar", la sociedad ha impuesto nuevamente el axioma de tanto libertad como sea posible y conveniente para todos los componentes de una determinada comunidad, con el objeto de aprovechar los beneficios que surgen de la economía social de mercado y de la actuación supletoria del Estado.<sup>23</sup>

En el campo económico, ello conduce a la idea de la economía social de mercado, caracterizada por la libre iniciativa privada y la libre competencia de los agentes económicos<sup>24</sup>. Así, en el plano estrictamente económico y sobre la base de la regla de la subsidiariedad se afirma la economía social de mercado como sistema predominante en la mayoría de las naciones, apoyado en dos principios que, por su jerarquía, encabezan los ordenamientos o programas de gobierno: 1) el de la libre iniciativa, que el Estado tiende a proteger mediante el abandono de la intervención como técnica de participación en la economía, 2) el de la libre concurrencia al mercado, lo que se procura a través de la

---

<sup>21</sup> SORIANO, op. cit., pp. 12-13.-

<sup>22</sup> Si, como se cree, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad van a ser mantenidos en el Tratado, lo que sí es necesario entonces es definir con claridad su contenido e interpretación, en particular añadiendo el Tratado el Acuerdo Interinstitucional sobre la subsidiariedad, y dejando claro que hay siempre la posibilidad de pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie en definitiva sobre diferencias de interpretación, tal vez introduciendo incluso una vía de recurso nueva y especial por la que los particulares, en condiciones definidas, están legitimados para plantear la cuestión de la correcta aplicación del principio de subsidiariedad en relación con cualquier medida legislativa adoptada. DICTAMEN DEL COMITE ECONOMICO Y SOCIAL sobre "Mercado Unico y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos para el gran mercado, p. 11, publicación del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, Una política comunitaria integrada de protección de los consumidores, s/a.

<sup>23</sup> Conf. CASSAGNE, op. cit., p. 119.-

<sup>24</sup> IBID, p. 135.-

desmonopolización y con la prevención y sanción de la competencia desleal. A su vez, para cumplir con la finalidad social que se halla ínsita en la economía de mercado los Estados incorporan a los respectivos ordenamientos **normas de protección de los consumidores y usuarios mediante garantías jurídicas adecuadas** que los defienden frente a los abusos de los productores, comerciantes y prestadores de servicios, procurando de esta manera **alcanzar un razonable equilibrio entre la libertad y el bien común al que se deben orientar las iniciativas particulares**<sup>25</sup>.

Es dentro de este esquema que como producto del marcado objetivo social de la intervención del estado en la economía de mercado, que se incorporan normas de protección al consumidor, caracterizadas por una protección reforzada de los intereses económicos de éstos y acudiendo a mecanismos más amplios y acabados que la simple fijación de precios y establecimiento de márgenes de comercialización.

Se basa esta nueva postura, en el hecho de que "la base del -Estado subsidiario- que viene reclamando la sociedad se encuentra la justicia, en todas sus direcciones, con la idea ínsita de hayar un adecuado equilibrio entre lo social y lo individual, siendo una función eminente del Estado la de asegurar la realización de la justicia particular (tanto la distributiva como la conmutativa) dado que, a través de ésta, se protege principalmente la dignidad de la persona humana que constituye uno de los principios fundamentales del derecho y que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir el Estado que actúe realmente al servicio del hombre que precisa que la libertad y demás derechos inherentes, como la propiedad, se encuentren garantizados para su pleno desarrollo personal"<sup>26</sup>.

Entonces, desregulación, pues, no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar que tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. **Libertad y autoridad sabiamente mezcladas.**<sup>27</sup>

Ese proceso también se ha vivido en Costa Rica, y ante el repensamiento del Mundo, el Estado va pasando del Estado interventor, sobrerregulador y ejecutor integral a un Estado facilitador y concertador que garantiza no solo la competencia y enfrente las políticas

---

<sup>25</sup> IBID. pp. 119-120.-

<sup>26</sup> IBID, pp. 121-122.-

<sup>27</sup> IBID, p. 12.

monopolísticas -de los particulares o del mismo Estado-<sup>28</sup>, para proteger al particular en el ejercicio abusivo de los derechos de aquellos particulares también, que buscan a partir de su posición dominante, sobreponer sus intereses a los de los consumidores.

Producto de presiones exógenas a nuestra propia realidad política y social, y siendo esto parte del nuevo modelo del Estado como consecuencia de esa desregulación que se impulsa por parte de los organismos internacionales, tales como el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, y el Banco Interamericano de Desarrollo, se produce en nuestro medio la iniciativa de ley por parte del Poder Ejecutivo de lo que se llama hoy día, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472 de 20 de diciembre de 1994 y publicada el 19 de enero de 1995, donde se otorga un marco regulador que tiende a evitar los excesos y los abusos, especialmente en lo que se refiere a la contratación adhesiva. En efecto, el artículo 3 de esa ley 7472 es un buen ejemplo, donde se establece que los trámites y los requisitos de control y regulación de las actividades económicas no deben impedir, entorpecer, ni distorsionar las transacciones en el mercado interno ni en el internacional.

De su exposición de motivos, se resalta la conciencia del Poder Ejecutivo de la necesidad de reformular la intervención del legislador en protección del consumidor, partiendo no ya de un simplista planteamiento a partir de fijación de precios y establecimiento de márgenes de comercialización, sino introduciendo un modelo administrativo y judicial en el cual, de forma expedita y reforzada, se logrará la protección de los intereses del consumidor. Sin embargo, se considera que el consumidor resulta mejor protegido con regulaciones diferentes en distintas leyes y reformas que en una sola ley como actualmente ocurre.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> PIZA ROCAFORT Rodolfo, El rol del Estado moderno: Reflexiones sobre el nuevo contexto mundial y el rol del Estado Costarricense en Revista Parlamentaria, agosto 1995, vol.3, n. 2, pp.125-127.-

<sup>29</sup> conf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, La protección de los consumidores en el Derecho Español, citado por MENENDEZ MENENDEZ, Adolfo, La defensa del Consumidor: Principio General del Derecho en Estudios sobre la Constitución Española de los Derechos y Deberes Fundamentales. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, 1991, pp. 1907-1908., quien afirma que "... donde la protección de los consumidores se ha introducido, dictando algunas leyes específicas para diversas actividades o sectores en que el consumidor debe ser protegido, o simplemente incorporando normas protectoras en las disposiciones legales que regulan cada una de las instituciones jurídicas en que los consumidores pueden verse implicados... Esta forma de proceder es la más adecuada para conseguir una protección efectiva de los consumidores dentro del ordenamiento jurídico de un país desarrollado como España. De esta manera se respeta la sistemática del ordenamiento en su conjunto y el sentido de las instituciones, y se evita, además, ofrecer la idea falsa de que se puede proteger suficientemente a los consumidores mediante la promulgación de una única ley..."-.



El artículo 46 constitucional y la ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ésta a pesar de sus defectos, constituyen un pilar sobre el que se sustenta la normativa protectora de los consumidores.

## **SECCION B.-**

### **1. El principio “la protección del consumidor”.**

La Constitución Política consagra en el numeral 46 con carácter de principio **la protección del consumidor** y establece que consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a ser tutelados en la relación de consumo, en los distintos aspectos que surgen de ella<sup>30</sup> También se ubica en el artículo 46, la libertad de empresa<sup>31</sup> como derecho fundamental y dentro de ella, el de libre competencia. Se identifica además, el mercado<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> véase MENENDEZ MENENDEZ, op. cit., pp. 1901-1917.-

<sup>31</sup> el texto del artículo 46 no define el contenido de la libertad empresaria, sin embargo, Hernández Valle afirma que encuentra contenido constitucional, en primer lugar la empresa debe concebirse como una situación jurídica activa, que tiene por objeto la hacienda y como contenido el poder de gestión. Es decir, toda empresa es un conjunto organizado y operativo de medios materiales y humanos para la producción de bienes económicos, sea de riqueza material. De lo anterior se deduce que la libertad de empresa protege al menos, el derecho de sus titulares para emprender (escoger) y desarrollar la actividad económica que deseen. Como contenido fundamental de esa libertad debe admitirse que toda empresa se organiza en función del lucro, sea para obtener algún beneficio económico con su ejercicio. De ahí que el lucro sea un elemento consustancial a la libertad empresarial, que bajo ninguna circunstancia puede suprimirse, porque de lo contrario el contenido fundamental de esta libertad desaparecería. HERNANDEZ VALLE Rubén, Las libertades Públicas en Costa Rica, 1990, pp. 242-244.-

<sup>32</sup> ARIÑO reconoce que para que exista una economía abierta y competitiva debe haber:

- libertad de empresa, esto es, libertad de emprender, de entrar en cualquier actividad económica; y derecho de empresa, a la libre dirección de la misma por su dueño, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia,
- libertad sindical y libre negociación de los factores de la producción entre empresarios y sindicatos,
- libertad de transacciones económicas, libertad de pactos, de precios y de mercados, sin más limitaciones que las que deriven de la existencia de monopolios naturales;
- regulación del mercado dirigida única y exclusivamente a asegurar su normal funcionamiento y a proteger la salud y buena fe de sus protagonistas, (productores y consumidores) ARIÑO Gaspar, Economía y Estado, 1993, p. 99.-

También, dentro de la Constitución Política se ubica la denominada libertad contractual y la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esa libertad contractual vinculada a otros derechos económicos y contenidos en los numerales 45, 46, 50, 74 de la Carta Magna, representan los derechos económicos dentro de la llamada "**Constitución Económica**"<sup>33</sup>, que deben ser interpretados con los principios pro libertate y pro homine, básicos para la doctrina de derechos humanos y se habla de estos derechos pues es fundamental tener presente que en el Estado social y democrático de derecho<sup>34</sup> se da el paso de los derechos humanos de primera generación (del Estado liberal) a los de segunda generación (derechos económicos y sociales entre otros) y actualmente, existen los de tercera generación, que se basan en la solidaridad (entre ellos, la paz, calidad de vida, autodeterminación informativa, etc.)

Debe entonces diferenciarse el concepto de "Constitución Económica" del "modelo o sistema económico", ya que son cuestiones distintas que en realidad obedecen a distintos enfoques. Se trata, por un lado, de estudiar las normas jurídico-constitucionales que hacen referencia a la economía y por otro analizar que fenómenos o realidades económicas tienen cabida en el ordenamiento constitucional. La realidad económica es, en su esencia, un problema de poder. Todo sistema económico ha de estar basado en un determinado conjunto de directrices y principios que sean unánimemente aceptados por los agentes económicos: lo contrario supondría el caos. Estas reglas, estas directrices, conforman lo que podríamos llamar "Constitución económica" en sentido material. No obstante, razones de justicia social y, sobre todo, de seguridad jurídica, exigen la formalización de todo este conjunto de reglas. Por ello, cuando la Constitución recoge este conjunto podemos hablar de la existencia de una Constitución económica formal que convive junto a la Constitución Política.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Naturalmente, este "orden económico constitucional" no es una pieza aislada sino un elemento más adentro de la estructura básica de la ley fundamental. ARIÑO, op. cit., p. 95. Las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de la actividad socioeconómica de los individuos y el Estado, constituyen el contenido de la llamada Constitución Económica. FONT GALAN Juan Ignacio, Constitución Económica y Derecho de la Competencia, , pp. 131-132.- La existencia de la "Constitución Económica" ha sido reconocida en su doble dimensión estática y dinámica por el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC 1/1982 de 28 de enero, al señalar que existen: "... normas destinadas a proporcionar un marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse Constitución Económica o Constitución económica formal" BERMEJO VERA, op. cit., p. 673.-

<sup>34</sup> consúltese ORTIZ ORTIZ Eduardo, Costa Rica: Estado social de Derecho en Revista de Ciencias Jurídicas, mayo-agosto, 1976, n. 29, pp. 23-157, y RODRIGUEZ OCONITRILLO Pablo, Ensayo sobre el Estado social de derecho y la interpretación de la Constitución, 1995.

<sup>35</sup> BERMEJO VERA, op. cit., pp. 672-673.-

Se habla, en consecuencia, de derechos humanos, toda vez que **los derechos colectivos de los consumidores son considerados de segunda generación, dentro de los derechos económicos, sociales y políticos.**<sup>36</sup>

Ahora bien, el artículo 28 constitucional contiene varios principios, entre ellos, el de **libertad**<sup>37</sup>, el de **reserva de ley**<sup>38</sup> y el **sistema de libertad**<sup>39</sup>. Esos valores fundamentales del Estado de Derecho, que representan el principio de libertad, que en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley, el principio de reserva de ley en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior, y el sistema de libertad, conforma el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley. Esta norma vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2, el cual, crea, así, una verdadera “reserva constitucional” en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público.<sup>40</sup>

Bon señala que no existe derechos constitucionales ilimitados, a su vez, estos límites no pueden ser, ellos mismos, ilimitados, porque entonces se estaría ante la desaparición del derecho en cuestión. Esto es lo que el llama la limitación de los límites. Un límite es la regla según la cual las restricciones a los derechos constitucionales deben ser necesarias y proporcionales, necesarias porque sólo ellas permiten alcanzar los objetivos deseados, no siendo posible recurriendo a restricciones más importantes, proporcionales porque las restricciones a los derechos constitucionales no deben ser en intensidad, desproporcionadas respecto de las ventajas de las que la colectividad se beneficia.<sup>41</sup>

En igual sentido, Bacigalupo señala que el **principio de proporcionalidad** precisamente sería uno de estos **“límites de los límites”** de reconocimiento jurisprudencial, es decir, no

---

<sup>36</sup> conf. PEREZ LUÑO, Las generaciones de derechos... , op. cit., pp. 206-213.

<sup>37</sup> véanse votos de la Sala Constitucional 4905-95, 5318-94 y 56-90 entre otros.

<sup>38</sup> véanse votos de la Sala Constitucional 3173-93 y 1635-90 entre otros.

<sup>39</sup> véanse votos 3360-95 y 3173-93, ambos de la Sala Constitucional.

<sup>40</sup> conf. parte del considerando IV del voto 6519-96 de la Sala Constitucional.

<sup>41</sup> BON Pierre, La protección constitucional de los derechos fundamentales: Aspectos de Derecho Comparado Europeo, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 11, Enero-Abril 1992, pp. 69-70.- Véanse los considerandos V, VI y XIII del voto 3495-92 y el 6050-94, ambos de la Sala Constitucional

previstos expresamente por el constituyente, el que acabaría por convertirse en el más eficaz a la hora de acotar las facultades del legislador para limitar los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal. Se trata del principio de proporcionalidad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de Derecho y más tarde la propia esencia de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad establece convencionalmente una triple exigencia a las leyes limitadoras de derechos fundamentales, cuales son, en primer lugar, la exigencia de **idoneidad o adecuación**, así como la **necesariedad** de la limitación para lograr el fin que con ella se persigue, para lo cual no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin también podría lograrse y en tercer lugar, la exigencia de **proporcionalidad en sentido estricto**, entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación. Este último requisito de legitimidad material de la limitación de derechos fundamentales, exige, pues, una **ponderación de bienes e intereses**, en la que en todo caso se deberá tener en cuenta la alta significación de los derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho. Por ello, la justificación de una limitación de derechos fundamentales en base al juicio de proporcionalidad tenderá a exigir un mayor contenido argumental cuando el bien jurídico o valor salvaguardado carezca, por su parte, de rango constitucional. A la inversa, resultará por lo general más fácil justificar el sacrificio de un derecho fundamental cuando el bien o valor salvaguardado tenga a su vez rango constitucional.<sup>42</sup>

Por otro lado, esos límites de los límites, se conoce al conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia. Así, toda limitación de derechos ha de estar justificada por la explícita habilitación constitucional o por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, la justificación de la habilitación y su correlato de proporcionalidad entre aquella y el sacrificio impuesto también pueden ser considerados límites de los límites<sup>43</sup>, y que esos límites de los límites gozan de una fuerza expansiva fruto del papel decisivo de los derechos en la determinación del orden básico de valores constitucionales, por lo que como bien lo ha expuesto Parejo<sup>44</sup> "esta significación de los derechos fundamentales ha de operar por si misma un primario efecto limitador de las leyes reguladoras de los mismos".

---

<sup>42</sup> Conf. BACIGALUPO Mariano, La aplicación de la Doctrina de los "límites inmanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1993, n. 38, pp.297-315.-

<sup>43</sup> AGUIAR DE LUQUE Luis, Los límites de los derechos fundamentales, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 14, Enero-abril, 1993, p. 25.- Estos límites no pueden ser, ellos mismos, ilimitados, porque entonces estaríamos ante la desaparición del derecho en cuestión. BON, op. cit., p.69.-

<sup>44</sup> PAREJO ALFONSO L., El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, citado por AGUIAR DE LUQUE, op. cit., pp.25-26.-

Esto tiene sentido si se considera que los derechos económicos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, tienen límites y eso incluye al principio la protección de los consumidores.

La denominada **autonomía de la voluntad** se ubica dentro del principio de libertad, que puede considerarse como la posibilidad de hacer todo lo que no está prohibido, y esa libertad contractual solo puede ser restringida no solo por lo establecido en el párrafo 2 del artículo 28 constitucional, sino por otros derechos económicos que también la restringen de forma horizontal, como el derecho al ambiente y el principio de la protección de los consumidores. En efecto, **la autonomía de la voluntad está limitada por aquellas normas y principios de contenido razonable y proporcionado de contenido imperativo<sup>45</sup> la moral y aquellas que no perjudiquen a terceros (artículo 28.2 constitucional) y por aquellos otros derechos constitucionales económicos y sociales**, por lo que en consecuencia, así como la Sala Constitucional lo ha advertido de acuerdo al derecho de la Constitución, la libertad contractual NO ES IRRESTRICTA. La citada libertad tiene límites y limitaciones, los primeros marcan la frontera, el techo, normal hasta donde puede llegar el principio, las segundas implican recortes, restricciones al principio.

Dentro del ámbito del contrato, éste se inscribe en la actividad privada que protege el 28.2 constitucional y representa el germen del reconocimiento de la libertad de contratación que deriva del principio de autonomía de la voluntad<sup>46</sup> y este se manifiesta en dos aspectos: el de libertad de contratar y el de libertad de establecer en el contrato las cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente y en el segundo aspecto se hallan las condiciones generales de los contratos, por un lado, son la máxima expresión de la autonomía de la voluntad para la parte contractual que las incluye en el texto del contrato<sup>47</sup> siempre limitado como se relacionó supra, por lo que en el fondo, la autonomía no significa un poder de autonormación entregado a los particulares, sino que hay siempre un conjunto mixto de "lex privata" y "lex publica"<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> véase el considerando V del voto 3495-92, voto 6982-94 y voto 27-95, todos de la Sala Constitucional

<sup>46</sup> véase BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio general de la libertad de contratar, en Revista de Derecho Constitucional, mayo-agosto, 1991, n. 2, pp.55-69

<sup>47</sup> conf. O'CALLAGHAN Xavier, Seguridad Jurídica y Contratación en masa, en Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil, autores varios, 1994, pp. 197-215.-

<sup>48</sup> consúltese GOMEZ LAPLAZA María Carmen, Autonomía de la voluntad: problemática actual, exposición en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, octubre de 1996. Tomado de la red Internet, <http://www.jornadas-civil.org/plaza.html>.-

Así, Baudrit Carrillo<sup>49</sup> reconoce que la autonomía de la voluntad tiene límites internos y externos, uno de esos límites externos es el orden público, rigurosamente considerado, en claro ajuste a la Constitución y normas legales de contenido razonable y proporcionado<sup>50</sup> se **concluye que la libertad contractual está limitada por ese orden público.**

Se plasma en ese considerando (véase nota 11) del voto de la Sala Constitucional, una vez más, la armonización de la libertad contractual con otros derechos constitucionales económicos, que en el fondo restringen esa libertad, y además, debe tenerse presente que existen principios inmersos en la Constitución que no se expresan en una norma, como es el caso de la razonabilidad y la proporcionalidad, que se da por la razón teleológica, es decir del medio al fin,<sup>51</sup> la buena fe, etc.

Dentro de los derechos económicos que la Constitución Política garantiza -la llamada "Constitución Económica"-, se encuentran, además del derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, el derecho a la propiedad privada, la libertad de comercio, agricultura e industria y la libertad de contratación así como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y que deben ser interpretados a la luz de los numerales 50 y 74, y otras normas constitucionales que excluyen recursos, bienes y servicios del tráfico económico, como por ejemplo, las frecuencias televisivas, telefónicas y radiofónicas, pero no limitados a éstas.

Pablo Rodríguez sostiene, que los artículos 50 y 74 constitucionales, claves para el Estado social de derecho, tiene valor normativo para el derecho subordinado que se les oponga, el cual es nulo cuando palmariamente los contraría y esto se tuteló antes de la reforma al artículo 46 constitucional. Advierte además, que la Sala Constitucional identificó la protección de los consumidores con aquellos artículos<sup>52</sup> y hoy día como se dijo, se tutelan de acuerdo con el numeral 46 en armonía con otros derechos económicos constitucionales.

Se estima entonces, que la defensa de los derechos de los consumidores, catalogados como intereses difusos<sup>53</sup>, suponen **un plus de protección** o una protección diversificada de un bien

<sup>49</sup> BAUDRIT CARRILLO, op. cit., pp 55-69.-

<sup>50</sup> véase el considerando XIII del voto 3495-92 Sala Constitucional.

<sup>51</sup> véase RODRIGUEZ OCONTRILLO, op. cit., pp. 83-92

<sup>52</sup> Conf. RODRIGUEZ OCONTRILLO, pp. 66-69.-

<sup>53</sup> Véase RAMIREZ ALTAMIRANO Marina, Los intereses difusos y la legitimación para accionar en la jurisdicción constitucional, en REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, # 1, 1991, pp.101-117.-

jurídico: pública por un lado y de los ciudadanos por el otro<sup>54</sup>, donde la tutela del consumidor tiene precisamente la misión de abolir las disfunciones de la economía de mercado, a través de una protección indirecta, alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las sociedades multinacionales, etc.<sup>55</sup>

Así, el derecho del consumidor, no puede desconocer que las relaciones económicas del Mercado, de producción, distribución y consumo, tienen un “orden natural”, una impronta, que se orienta a la eficiencia, el lucro, la productividad y las relaciones económicas del mercado, no pueden dar la espalda al contenido ético del Derecho que está dado por el respeto a la dignidad de la persona humana, cualquiera sea ella. Así, el “derecho del consumidor” va de la mano, inseparablemente de un “derecho empresario” y ambos traducen la “interpretación económica del Derecho” y, a la vez, la “interpretación jurídica del mercado”.<sup>56</sup>

En suma, el principio denominado la protección del consumidor tiene tutela constitucional, no es irrestricto pero limita horizontalmente la libertad contractual y el mismo tiene sentido toda vez que sin consumidores el mercado no existe y por ende, la libertad de competencia.

## **2.-- Contenido y alcance.**

---

ORTIZ ORTIZ Eduardo, Intereses Colectivos y Legitimación Constitucional en Revista IVSTITIA, 1990, #46. JIMENEZ MEZA Manrique, La legitimación administrativa para la defensa de los Intereses Legítimos y los Derechos Subjetivos, 1990, pp.330-336.- STIGLITZ Gabriel, Protección Jurídica del Consumidor, 1990, pp.143-167.- El bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más fácil de su propia perfección; en consecuencia, debe de admitirse esa legitimación en defensa de intereses colectivos o difusos, como el equilibrio ecológico y el medio ambiente, la defensa del consumidor, el patrimonio artístico y cultural y la moral pública. Conf. FARINA Juan, Defensa del Consumidor y del usuario, 1995, pp. 28-29.- Véase el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.-

<sup>54</sup>SANCHEZ MORON, La participación del ciudadano, citado por Jiménez Meza, La legitimación..., op. cit., p.331.- Los intereses difusos deben contemplarse a la luz de la inadaptabilidad de los esquemas jurídico tradicionales a las nuevas situaciones socio-económicas denominadas socializantes y que, como hemos apreciado, afectan de forma directa a grupos con aspiraciones colectivas (p. ej. urbanismo, ecología, consumo, etc.) ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 40.-

<sup>55</sup> Conf. BOTANA GARCIA, op. cit., pp. 18-19. Sobre la ordenación del Comercio Minorista Español, véase la ley 7/1996 de 15 de enero. Véase además, de Autores Varios, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, 1997.-

<sup>56</sup> conf. MOSSET ITURRASPE Jorge, Introducción al Derecho del Consumidor, en Consumidores, 1996, p. 17.

Del texto constitucional, último párrafo del artículo 46, se deducen derechos fundamentales del consumidor, entre ellos, la salud, el ambiente, seguridad e intereses económicos, y derechos instrumentales, necesarios para garantizar esos derechos fundamentales, entre ellos, la información, la educación y la participación de organizaciones propias<sup>57</sup> con el apoyo estatal pero no limitado al derecho de asociación como tal.

Estos derechos, se materializan en los siguientes derechos específicos: defensa contra la publicidad engañosa, libertad de elección, igualdad en la contratación y fijación del contenido del contrato, protección contra cláusulas abusivas, acción por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, asociación para la protección de sus intereses, a ser oído a través de sus organizaciones, a exigir las cantidades y calidades pactadas, a la reparación por daños y perjuicios que se le irroguen, y a reclamar judicialmente la cesación, rectificación, reconocimiento o restablecimiento del orden violado<sup>58</sup>.

Por eso Dromi, en relación con los derechos de los consumidores afirma que la planificación y administración racional de los recursos económicos frente a múltiples demandas sociales replantea, para garantizar la dignidad humana y la justicia social distributiva, “una necesaria y urgente obra educativa y cultural para usuarios y consumidores”. Se deben recrear hábitos racionales de consumo”, “estilos de vida” que privilegien la salud física, moral y espiritual y la dignidad del hombre, “sentido de responsabilidad social de los productores”, y “capacidad de elección de los consumidores”. No es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado cuando está orientado a tener y no a ser. La economía debe estar subordinada al sistema cultural y a la dimensión ética del consumo. **Se debe educar para consumir mejor, no para consumir más.**<sup>59</sup>

## **2.1 Promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores**

Se tutela con la reforma constitucional la libertad pública del consumidor ante la globalización comercial con el fin de balancear sus intereses en contrataciones que afectan los mismos, donde el individuo se enfrenta con una producción y circulación en masa, con

---

<sup>57</sup> véase MILANO SANCHEZ Aldo, Ensayos de Derecho Procesal Administrativo, en prensa, sobre la problemática del artículo 51 de la ley 7472 en relación con las organizaciones de consumidores y su legitimación en el ámbito administrativo y judicial. PIZA ESCALANTE Rodolfo, Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica, en libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz, 1994, p. 656.- JIMENEZ MEZA Manrique, Principios rectores y definatorios del derecho de acción, la acción popular y la "class action", en Revista IVSTITIA, año 4, número 49, pp. 5-11.- ACOSTA ESTEVEZ José B., Tutela Procesal de los Consumidores, 1995, pp. 130-142.-

<sup>58</sup> RIVERO ALEMAN Santiago, Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor, 1995, p. 33.-

<sup>59</sup> DROMI Roberto, Nuevo Estado Nuevo Derecho, 1994, p. 240.-



agresivos sistemas de publicidad, con un marketing y una sofisticada ingeniería de ventas en un mercado altamente competitivo<sup>60</sup>.

Respecto del ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La primera alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las sociedades multinacionales, etc., mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos en favor del consumidor. El núcleo fundamental de la protección directa de los consumidores está constituida por la protección de sus intereses económicos, como consumidores que son de bienes y servicios, y en definitiva, con el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor se está haciendo referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que pueden serle económicamente perjudiciales de forma injustificada<sup>61</sup>, pero que no se trata de impedir la libertad de contratar sino de proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico existente entre los contratantes.<sup>62</sup>

También se protegen los intereses económicos del **consumidor** en aquellos campos en que exista al menos una potencial participación del mismo, por ejemplo, las inversiones accionarias en Bolsa<sup>63</sup>, las contrataciones bancarias, las contrataciones mercantiles atípicas como contrato de tarjeta de crédito, el leasing, el contrato de tiempo compartido, la compra venta a plazos, compra venta fuera del establecimiento mercantil, pero no limitados a esos.

El artículo 29 de la ley 7472, señala en el inciso f), además de lo dicho en el numeral 46 constitucional, que como derecho fundamental e irrenunciable del consumidor, se encuentran los mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos.

---

<sup>60</sup> VALLESPINOS Carlos Gustavo, Responsabilidad por daños a los intereses económicos del consumidor, en la Responsabilidad, Autores varios, 1995, p. 492.

<sup>61</sup> BOTANA GARCIA, op. cit., pp. 18-19.-

<sup>62</sup> POLO Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, 1990, p. 30.

<sup>63</sup> conf. VALENZUELA GARACH Fernando, La protección del inversor como consumidor en La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores, 1993, p. 163.-

Dromi y Menem, en sus comentarios a la Constitución Argentina, advierten que "la relación de consumo implica sustantivamente una relación de intereses económicos, más aún en la economía de mercado, del juego de la oferta y la demanda, donde precios y tarifas constituyen la contraprestación del consumidor, por la provisión que debe guardar siempre una relación básica de justicia contractual o reglamentaria, pública o privada con la ecuación de razonabilidad y proporcionalidad entre prestación y precio. El interés del consumidor reside en obtener el bien o servicio de que se trate por un precio justo, razonable. La distorsión de las leyes de mercado, por especulación, por acuerdos oligopólicos, por la existencia de monopolios, afecta el interés económico del consumidor y motiva la tutela judicial en caso de arbitrariedad o discriminación (art. 43, 2° párrafo). De igual modo, la existencia de contratos con cláusulas oscuras o ambiguas y sistemas de venta engañosos, atentan contra el interés del consumidor, y habilitan la protección constitucional de su derecho, por las vías procesales adjetivas. La Constitución jerarquiza esa tutela que ya la ley 24.240 había contemplado en situaciones de venta domiciliaria (arts. 32 a 35), operaciones de venta de crédito (art. 36), los términos abusivos e ineficaces (arts. 37 y 38), entre otras."<sup>64</sup>

## **2.2 Protección de los consumidores frente a los riesgos que puedan afectarlos.**

Frente a la magnitud y variedad de productos y servicios que ofrece el mercado, resulta necesario regular los medios que determinen la responsabilidad por la calidad de los citados productos y servicios, de modo que no pueda derivarse un daño para los consumidores. Ello es congruente con la protección del derecho de la salud<sup>65</sup> del ser humano, que como corolario del derecho a la vida éste es considerado por la Sala Constitucional como derecho de valor principal y prioritario dentro de la escala de los derechos del hombre<sup>66</sup>.

Desde ese punto de vista, el acto de consumo (el individual o bien la suma de varios de ellos) en el **mercado**<sup>67</sup> lleva inmersa la problemática ambiental, es decir, se da una relación horizontal con el ambiente, por ejemplo, la adquisición de producto libre de contaminación (marketing ambiental) está obligando hoy día a las empresas a la aplicación de estándares

---

<sup>64</sup>DROMI Roberto y MENEM Eduardo, La Constitución Reformada, 1994, pp. 148-149.-

<sup>65</sup>véanse votos de la Sala Constitucional 131-94, 4423-93, 5135-94, entre otros.-

<sup>66</sup>véanse votos de la Sala Constitucional 5130-94 y 1394-94, entre otros.-

<sup>67</sup> Las derivaciones modernas del principio de quien contamina paga han llevado a los Estados Industrializados a buscar nuevos mecanismos de mercado. Los Estados Unidos han orientado su política hacia los sistemas de títulos valores transferibles (tradeable permits) que, operando sobre un máximo posible de polución (standard de calidad) permiten a los agentes económicos autoregular sus niveles de emisión fomentando el "ahorro" en polución al valorarse y transferirse en el mercado. STEWART R., Controlling Environmental Risks Through Economic Incentives, citado por ALONSO GARCIA Enrique, El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea, Volúmen I, 1993, p. 89.

como la ISO 14000, ello implica una ecoeficiencia empresaria en beneficio del consumidor, lo contrario, podría representar la eventual lesión al ambiente y a la salud humana a costa del acto de consumo<sup>68</sup>. En el fondo, la regulación ambiental es necesaria para el acto de consumo, se habla de protección eficiente del medio ambiente.<sup>69</sup> Se ilustra lo anterior con varios ejemplos: la ruptura de la capa de ozono, contaminación de cuencas por fábricas, etc.

Por otro lado, muchas veces el marketing<sup>70</sup> puede llegar a extremos en que la publicidad se oriente a engañar al consumidor al relacionar que el producto beneficia el ambiente y la salud, pero eventualmente puede ser nocivo.

La norma 32 de la ley 7472 contiene una serie de conceptos jurídicos indeterminados si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos y véase que el párrafo primero del artículo de marras señala la responsabilidad la cadena del bien e incluye a todos los participantes, y deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa.<sup>71</sup>

Ahora el mismo párrafo incluye la responsabilidad sin la existencia de "culpa", y se sustituye por un concepto objetivo<sup>72</sup> que sólo atiende a la responsabilidad de quien de una manera u

---

<sup>68</sup> El ecoetiquetaje, que consiste en la concesión por parte de un evaluador independiente, mediante un proceso controlado en cuanto a su neutralidad por lo poderes públicos, del logotipo de aprobación de un producto basándose en sus cualidades ambientales y que según el Reglamento, no podrá otorgarse a sustancias y preparados clasificados como peligrosos así como a aquellos productos que contengan alguna de dichas sustancias o preparados clasificados y que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o al medio ambiente. ALONSO GARCIA, op. cit., Vol. 1., pp. 90-91.-

<sup>69</sup> conf. SCHAFFER Hans-Bernd y OTT Claus, Manuel de Análisis económico del Derecho Civil, 1991, p. 27.- Véanse los artículos 8, 42.2, 54.3, 56 y 57 de la ley 7472.-

<sup>70</sup> El marketing tiene como finalidad el consumo y el consumidor. DE CORDOBA VILLAR José Luis y TORRES ROMEU José Ma., Teoría y Aplicaciones del Marketing, 1984, pp. 80.-

<sup>71</sup> Véase BAUDRIT CARRILLO Luis, Comentarios a la nueva ley de protección al consumidor, en REVISTA IVSTITIA, #101, año 9, pp.4-12.-

<sup>72</sup> véase el considerando VI de la fallo 106 de Sala Primera Civil de 14:55 de 8 de julio de 1992.- BERMEJO VERA, op. cit., p. 240 relaciona que "Para establecer las garantías y responsabilidades en favor de los consumidores y usuarios, por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, la Ley establece una especie de responsabilidad objetiva de los fabricantes, importadores, vendedores o suministradores de productos o servicios... La objetivación de responsabilidad se produce porque las acciones u omisiones de los anteriormente mencionados, siempre que sean determinantes de daños y perjuicios, dan lugar a la responsabilidad, salvo que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad."

otra introduce los productos o servicios en el mercado, y que tiene el deber de responder por los daños que de ellos puedan resultar.<sup>73</sup> Esa cadena incluye a todos, independientemente de las cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas en los diferentes contratos elaborados<sup>74</sup>, y hasta los dependientes y auxiliares, y esto es así puesto que la protección de los intereses de los consumidores son intereses difusos, con la excepción de aquellos que se exoneren de su deber indemnizatorio probando su irresponsabilidad o la negligencia del consumidor, cuando por ejemplo la información sea suficiente y el producto no sea defectuoso.

No obstante, apunta Piza Rocafort, la ley 7472 contiene algunas normas de dudosa constitucionalidad, entre ellas:

**c) las que exigen responsabilidades sin culpa -art 32- y revierten la carga de la prueba, sin las matizaciones propias de las responsabilidades por riesgo o de las responsabilidades objetivas, lo que contraría el sentido del artículo 39 de nuestra Constitución y el principio de libertad (artículo 28 de nuestra Constitución)**

El autor indica que para evitar la inconstitucionalidad de algunas normas, éstas deben interpretarse conforme a la Constitución (a sus normas, principios y valores). Esa es la mejor manera de cumplir los fines en favor de la competencia y en favor de los consumidores, sin

---

<sup>73</sup>conf. FARINA, Defensa del Consumidor... op. cit., pp. 331-333.- Véanse además RIVERO SANCHEZ Juan Marcos, Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil costarricense, en REVISTA IVSTITIA, #105, año 9, pp. 10-17 y del mismo autor, Problemas de la indemnización de daños y perjuicios, en REVISTA IVSTITIA, #106, año 9, pp. 13-24. Un sistema de responsabilidad objetiva estricto, que incluya al productor, al distribuidor, al vendedor, al importador y, en su caso, al transportista, encarece el costo del producto o del servicio, pero este encarecimiento, trasladado inevitablemente al precio, constituye una suerte de prima por una cobertura que brinda el orden normativo al posibilitar el reclamo resarcitorio del consumidor damnificado. ZANNONI Eduardo, Responsabilidad por daños y protección al consumidor, en Consumidores, 1996, p. 253.-

<sup>74</sup>En todo caso, las consecuencias de la infracción a los límites de validez de las cláusulas exoneratorias será la nulidad del pacto limitativo, como consecuencias del carácter inderogable de dichos límites de validez y de la finalidad de los mismos, que no es otra cosa que asegurar a dicho negocio una tutela mínima en el crédito. La nulidad parcial es una consecuencia tanto del carácter inderogable de los límites de validez como del valor accesorio de las cláusulas de exoneración en el contexto del pacto, y se halla plenamente reconocida en la jurisprudencia. Esto supone que, erradicada la cláusula agravante o exoneradora, se acudiría al derecho dispositivo o a la interpretación conforme a buena fe para la integración de las posibles lagunas creadas por la anulación, salvaguardando el legítimo interés del contratante débil al mantenimiento del negocio, purgado de sus elementos lesivos. ECHABARRIA SAENZ Joseba A., El contrato de franquicia, Definición y conflictos de las relaciones internas, 1995, p. 421.

afectar los derechos constitucionales de los agentes económicos y la libertad de empresa que reconoce el artículo 46.<sup>75</sup>

Por otro lado, y en materia de daño a la salud del consumidor, la seguridad o el medio ambiente, otorgado el debido proceso y sancionado el infractor, puede darse la denominada publicidad de la sanción<sup>76</sup> cuando derive algún riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores, afectarse el medio ambiente, incumplir con los estándares de calidad respectivos, reincidir en las mismas infracciones o lesionar directa o potencialmente, los intereses de la generalidad de los consumidores<sup>77</sup>. Esa publicidad de la sanción, es consecuencia de la condena como tal y es imperativa su publicación.

### **2.3 Información y elección**

Ahora bien, un derivado obligatorio de este derecho a la protección de los usuarios y consumidores, es el derecho a una **información adecuada y veraz** que juega un papel fundamental en el derecho a la información. Esa información, que aún cuando es concebida como una mercancía que puede circular en diversos mercados, públicos o privados<sup>78</sup> no puede ser irrestricta, está sujeta a los límites correspondientes, todo como formación de la voluntad del consumidor y que especialmente incide en el tratamiento de la protección

---

<sup>75</sup>PIZA ROCAFORT Rodolfo, A propósito de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en Revista IVSTITIA, año 9, #102, pp. 4-14.- A manera de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 13 de mayo de 1994, y por aspectos de salud, condena al Instituto Nacional de Salud por el comportamiento negligente en la prestación de servicio sanitario cuando se vale de productos que están en el mercado pero que son defectuosos, con independencia de si se trata de productos autorizados administrativamente o de productos clandestinos, pues incluso en el primer caso los artículos 26 y 27.1.a) de la ley de Consumidores y Usuarios exigen que la prestación del servicio se lleve a cabo con la diligencia propia de "la naturaleza del producto, servicio o actividad" y que se asegure al usuario la "idoneidad" del servicio en relación con el fin perseguido, exigencias todas ellas tanto más gravosas cuando lo que está en juego es el derecho a la salud que asiste a todo ciudadano y constituye un derecho básico de todo usuario. REYES LOPEZ M<sup>a</sup> José, PUERTES MARTI Antonio, ESTRUCH ESTRUCH Jesús y MONTES RODRIGUEZ Pilar. Jurisprudencia en materia de Protección de Consumidores y Usuarios, 1995, p. 732.-

<sup>76</sup> véanse los artículos 54 y 57 de la ley 7472.-

<sup>77</sup> Mi opinión, dado el grado actual de publicidad habitual de las decisiones administrativas, es la de la que la publicación de la sanción no es en sí una sanción ni una modalidad sancionatoria. Bien puede ser considerada así como una secuela, una consecuencia, una "medida complementaria" o algo accesorio a una sanción propiamente dicha. MARTIN-RETORTILLO BAQUER Lorenzo, Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas, en Revista de Administración Pública, setiembre-diciembre 1991, n. 126, p. 184.-

<sup>78</sup> VILLAVARDE MENENDEZ Ignacio, Los Derechos del Público, 1995, p.33.-

precontractual<sup>79</sup> (deber de autoinformarse y deber de informar al otro) y contractual del consumidor y así como en su fase de ejecución.

El derecho de información<sup>80</sup> que incide necesariamente en el derecho de elección del consumidor (arts. 28, 29 y 46 constitucional), representa un derecho constitucional de **carácter instrumental**, tiene su regulación legal de acuerdo al inciso b) (reformado por ley 7623, publicada el 9 de octubre de 1996) del artículo 31 de la ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el 39 párrafo dos y sus incisos y 69, también de la misma ley, en lo que se refiere a la interpretación de la voluntad contractual. (se parte del llamado full disclosure)

Esa relevancia de la información se trata universalmente de uno de los tópicos esenciales del derecho del consumidor<sup>81</sup> reconocido como necesidad legítima por la directriz de las Naciones Unidas (1985), que enuncia el derecho a recibir una información adecuada, que permita al consumidor hacer elecciones bien fundadas.<sup>82</sup>

El contenido sustantivo del derecho a la información, refiere al derecho que asiste a los eventuales consumidores o usuarios de bienes o servicios, frente a los obligados (quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, cualquiera sea su naturaleza, pública o privada) a que los bienes o productos incorporen o lleven consigo la información técnica y económica a disposición de los interesados, antes de ser adquiridos, utilizados o disfrutados

**Esa información se traduce en publicidad**, por ello, Galván reconoce que hoy, la actividad publicitaria comercial es, en general, la industria de la tentación, inducción, sugestión, fascinación mediante mensajes a nivel conciente, inconsciente y preconciente, "fabricando"

---

<sup>79</sup> Desde la perspectiva jurídica, es usualmente admitido que el fundamento de estos deberes de información se halla en la buena fe, que ha de presidir la actuación de las partes también la fase precontractual. GOMEZ CALLE Esther, Los deberes precontractuales de información, 1994, p. 12.-

<sup>80</sup> véanse artículos 28, 29, 46 y 48 constitucionales, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>81</sup> En relación con la obligación de respetar el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que se ha contemplado en conexión con la obligación de obediencia, surgen obligaciones constitucionales entre las que destacan las dirigidas a determinados grupos, ... que obliga a los empresarios a informar a los consumidores y usuarios. DE ASIS ROIG Rafael, Deberes y Obligaciones en la Constitución, 1991, pp. 440-441.-

<sup>82</sup> STIGLITZ Gabriel, La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo, en La Responsabilidad, Autores Varios, 1995, pp.473-478.-

al hombre consumidor, para que adquiera bienes y servicios que se promocionan a través del mensaje publicitario y tiende a un solo fin: promover al máximo el consumo.<sup>83</sup>

.Así, la ausencia de información del comerciante en la tratativa preliminar<sup>84</sup>, de no informar oportunamente no le permite escudarse en la posible defensa basada en la profesionalidad del adquirente o deber de conocimiento, que en el derecho común puede representar una posibilidad de eximirse de responsabilidad, toda vez que de acuerdo con los numerales 46 constitucional y 1, 29 c), 31 b), 32, 41, 50 e), 67 y 69, todos de la ley 7472, el deber de información nace para el comerciante, no para el consumidor. Se está en presencia de una imputación objetiva, no subjetiva, originada en el riesgo creado por la incorporación de bienes al mercado de consumo<sup>85</sup> y no puede alegarse además, la inversión de la carga de la prueba para el consumidor, al no comprobar el aspecto financiero de la compra venta, toda vez que la protección al consumidor nace precisamente por la poca o nada profesionalidad del consumidor en el negocio jurídico.

Según Lorenzetti, la extensión del deber de información se refiere a obrar con lealtad comercial, quiere decir informar adecuadamente y no inducir a error, por tanto, el deber de declarar (dovere di dichiarazione, duty of disclosure) existirá en aquellos casos en que ocurra una circunstancia que induzca a error a la otra parte y afirma que la información es el antídoto del error y deben informarse: ... los hechos susceptibles de influir sobre su decisión.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> GALVAN Roberto Marcelo, Responsabilidad Civil derivada de la publicidad comercial, en La Responsabilidad, Autores Varios, 1995, pp.501-509.-

<sup>84</sup> Se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información, el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar. MORELLO Augusto Mario, STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel, Información al consumidor y contenido del contrato, en Revista Derecho del consumidor, 1991, p. 34, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, Publicidad y Consumidores, en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1996, p. 67.-

<sup>85</sup> sobre el tema, véase de MOSSET ITURRASPE Jorge, Cosas Muebles no consumibles, en Defensa del Consumidor, ley 24240, 1993, pp.107-128

<sup>86</sup> LORENZETTI Ricardo Luis, Defensa del Consumidor, op. cit., pp. 295-296.-

Aún más, en toda relación contractual debe prevalecer la denominada **buena fe**<sup>87, 32</sup>, traducida en la confianza y fidelidad, inmersa en nuestra Constitución Política, como una regla ética-moral y que se impone como norma jurídica, para ello, véanse los numerales 19 a 22, todos del Código Civil, así, de acuerdo al artículo 21 del Código Civil<sup>88</sup>, la exigencia de la buena fe, de carácter objetiva<sup>89</sup>, incluye el deber de lealtad y de cooperación, que abarca en éste, no solo la información para facilitarse el cumplimiento de las prestaciones sino como instrumento esencial para la formación de una voluntad libremente manifestada.

Sin embargo, el deber precontractual de información, puede afirmarse tiene un fundamento económico aparte del principio de la buena fe. El criterio parte de un análisis económico del derecho e implica que cierto tipo de información es necesario para el óptimo reparto y la explotación más racional y provechosa de los recursos económicos de un país, asimismo lo es para fomentar las condiciones de transparencia y de competencia en el mercado: caso de que éste funcione correctamente, al haber una información suficiente -tanto en su contenido como en su difusión- sobre los diversos bienes y servicios que se ofrecen, la demanda se dirigirá hacia los mejores en relación calidad-precio, lo que inducirá la progresiva desaparición de los peores. De ahí que sea un objetivo económico potenciar la inversión en la adquisición y difusión de información socialmente útil, y ello, además, al menor coste posible, para lo cual se cuenta, en principio, con los mecanismos de protección de la confianza y, por tanto, con los deberes de información.<sup>90</sup>

Así, los problemas relativos a la protección de la confianza desempeñan un papel importante y creciente en el Derecho Civil. Cuáles deben ser los límites de la protección al cliente ante aquellas condiciones generales de la contratación que le resulten perjudiciales? Estas cuestiones pueden situarse bajo el punto de vista de la eficiencia de Pareto, porque con ello se evitan eficazmente costes de información sobre la confianza cuestionada que representan en muchos casos una fuerza productiva significativa. Avanzando en esta reflexión, la confianza será tanto más importante cuanto más provechosa y productiva sea su utilización para los miembros de la sociedad. Con mayor razón debería ser protegida. Hay sobre todo

---

<sup>87</sup> En el ámbito de las relaciones contractuales, la buena fe es condición negocial y, por consiguiente, no limita o modula, por sí misma, las libertades, sino que es necesario un fundamento constitucional que respalde la exigencia de ese deber de comportamiento. El problema debe reducirse, pues, a una colisión entre el ejercicio de la libertad y otro bien constitucional. MORENO GARCIA Antonio, Buena Fe y Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, mayo-agosto 1993, n. 38, p. 294.-

<sup>88</sup> El artículo 7.1 del Código Civil español, relaciona que “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. conf. Código Civil de España, 1995, p. 82.-

<sup>89</sup> El citado precepto plasma un concepto objetivo de buena fe, establecido por referencia no a las concretas creencias subjetivas de una persona, sino a un modelo de conducta tipo, ajustado a patrones externos. DIEZ-PICAZO: Prólogo a WIEACKER: el principio general de la buena fe, 1977, p. 13. citado por GOMEZ CALLE, Los deberes..., op. cit., p. 18.

<sup>90</sup> GOMEZ CALLE, Los deberes... op. cit., p. 19.-



cuatro condiciones que, si se cumplen simultáneamente, hacen que la protección de la confianza tenga pleno sentido, en primer lugar, la asimetría de los costes de información, en segundo lugar, la productividad social de aquellas informaciones que se evitan con la confianza, tercero, la existencia de una prima por la confianza y, en cuarto lugar, que la cuantía de la prima por oportunismo sea similar a la prima por la confianza.<sup>91</sup>

Gómez Calle concluye que desde su perspectiva, que el enfoque del análisis económico del derecho sirve para fijar ciertos límites a los deberes de información. A tal fin los analistas económicos se sirven especialmente de dos criterios distintivos que se entrelazan, de modo que siguiendo uno de ellos hará aparecer el otro: el primero distingue según que la adquisición de la información sea costosa o no, el segundo según cómo repercute en el valor de la cosa a que se refiere, aumentándolo o disminuyéndolo. Sigue el primer criterio, Si la información no fue costosa hay deber de transmitirla. Si lo fue y, además, revaloriza la cosa, se distingue según que los costes de información fuesen simétricos (iguales para ambas partes) o asimétricos (más elevados para una que para otra). En el primer caso no hay deber de informar: cualquiera de los contratantes pudo informarse con el mismo coste, y no ha de permitirse al que nada hizo que se beneficie de la inversión hecha por el otro. En cambio, en el caso de que los costes fuesen asimétricos, la regla desde el punto de vista económico es que aquel para quien los costes sean menores está obligado a informar al otro, pero ello es así sólo si puede percibir de aquel a quien informa una prima de confianza (prima al menos equivalente en el coste de la adquisición de la información), esto será posible si el informante es quien ofrece el bien o servicio a que la información se refiere: en tal caso está en condiciones de repercutir en su precio aquella prima. Pero no será posible si quien dispone de la información costosa y valiosa es quien pretende adquirir la cosa a que atañe dicha información: al ser él quien ha de pagar el precio, no puede repercutir en el mismo prima alguna, por ello los analistas económicos niegan que haya en este caso deber de informar, para no desincentivar la inversión en la adquisición de informaciones impidiendo a quien la tiene que se beneficie de ella. Este último supuesto, sin embargo, puede verse limitado si, superando las consideraciones exclusivamente económicas, atendemos a la buena fe en el sentido antes indicado. Resulta pues, que del mismo modo que los criterios económicos pueden limitar a los jurídicos a la hora de establecer cuando hay deberes informativos, también de los últimos pueden seguirse limitaciones para los primeros en determinadas circunstancias en que una consideración exclusivamente económica del problema puede conducir a resultados injustos y contrarios a la buena fe. Finalmente, tratándose de informaciones que, aun siendo costosas, disminuyen el valor de la cosa a la que afectan, quien las conoce deberá desverlarlas cuando sabe que se refieren a circunstancias que son decisivas para el otro, o cuando se refieran a la peligrosidad de la cosa.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> SCHAFFER y OTT, op. cit., p. 324.-

<sup>92</sup> GOMEZ CALLE, Los deberes..., op. cit., pp. 132-133.-

Ahora, se pregunta, y siguiendo la tesis del costo en la información, cuanto cuesta a cualquier emisora de tarjetas de crédito informar al consumidor final que la aplicación de la fórmula para la obtención de los réditos es -tal y como se dirá- violatoria de derecho imperativo y desproporcionada. y que genera un enriquecimiento sin causa.?

Alpa afirma que la publicidad no es sólo “el alma del comercio”, sino es también el arma principal de la lucha concurrencial. La exigencia de absorber la producción y de controlar las prácticas de promoción de las ventas induce por tanto el sistema empresarial a modificar la función originaria de la publicidad. Retomando un juicio de Chamberlin, el economista que fue el primero en ocuparse científicamente del fenómeno publicitario, los métodos de “reclame” no tienen nada que hacer con el conocimiento de parte del consumidor, no son métodos informativos; son manipulaciones. Ellos “crean un nuevo esquema de necesidades cambiando los motivos por los cuales los compradores son impulsados a adquirir”. Para resumir, en modo simplificado, la problemática más articulada que emerge de la páginas de Chamberlin, pero también de Baran y Sweezy:

- a) la publicidad es (hoy) un fenómeno de distorsión del aparato productivo, como medio de persuasión pero no de información;
- b) la publicidad es instrumento de lucha concurrencial privado de cualquier referencia a los contenidos y a los objetos;
- c) la publicidad, en cuanto instrumento de orientación de los consumos, es el sector al cual se dirigen prevalentemente las investigaciones de mercado y las acciones de las empresas.<sup>93</sup>

Uno de los principios generales de la publicidad, según la Ley General de Publicidad de 1988 española es precisamente la libre competencia y regula los supuestos de publicidad engañosa y la desleal y en cuanto a la primera, los elementos esenciales sobre los cuales debe recaer el engaño, no obstante de inducir a error en la contratación, son las características de los bienes o servicios, el precio; la naturaleza, etc, como preceptos enunciativos y muchas veces se llega a la denominada publicidad encubierta, toda vez que inequívocamente induce a error a los destinatarios en la configuración externa del mensaje publicitario. Impera el principio de veracidad y en cuanto a la desleal, aquella que provoca descrédito, denigración o menosprecio para cualquier competidor, la que induce a confusión con otros productos o marcas o hace uso injustificado de la nominación o siglas contraria a la corrección y buenos usos mercantiles y la publicidad comparativa, siempre que no sea objetivamente demostrable. En el fondo hay un conflicto de intereses entre el empresario

---

<sup>93</sup> ALPA Guido, *Il Diritto dei consumatori*, 1996, traducción libre, pp. 68-69.-

anunciante, el empresario aludido y el interés del consumidor. Es claro que debe prevalecer este último, y mediante el mismo salvaguardar la transparencia en el mercado, permitiendo una claridad a la hora de la elección del producto que realmente satisfaga los intereses y necesidades que se pretenden, a través de una mayor información respecto al mismo.<sup>94</sup>

El artículo 17 de la ley 7472, que regula la competencia desleal, relaciona en el párrafo dos lo siguiente:

**“También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores”.**

al igual que lo establecido en el artículo 34 de la misma ley, que en lo conducente relaciona:

**La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor...**

**Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.**

---

<sup>94</sup> CHULIA VICENT Eduardo y BELTRAN ALANDETE Teresa, Contratos publicitarios en Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos, tomo II, 1995, pp. 477-498.-

En el fondo, en el marco de los contratos de consumo como el de tarjeta de crédito, la protección de los intereses del consumidor, depende, en gran medida, de la información precontractual que reciba éste por el carácter vinculante para el empresario que asume la información y la publicidad efectuadas.

### **3. Quien es consumidor**

El tema de los consumidores en Costa Rica ya había sido incorporado en el Código Civil patrio de 1886<sup>95</sup>, en la Ley General de Salud, la ley 5665 de 1975 sancionó la Ley de Protección al Consumidor, producto de una realidad totalmente diferente a la actual y después de la creación de la Sala Constitucional, sendos votos de la Sala, entre ellos el 1441-92 y el 2757-93, por ejemplo, contemplaron la protección de los consumidores<sup>96</sup> en perfecta armonía con los artículos 50 y 74 constitucionales, claro está, la Sala estimó que ese derecho es una limitación razonable al principio de libertad en protección de intereses colectivos.

#### **3.1 Problemática de la definición de consumidor en la ley 7472.**

El artículo 2 de la ley 7472 “define” consumidor como:

---

<sup>95</sup>Véanse artículos 870 inciso 3° y 1023 párrafo 3°.

<sup>96</sup> “II) Sobre esta materia, como lo afirmó la Sala en el Voto 1441-92 de las 13:45 horas del dos de junio de 1992, involucradas dentro del concepto de “interés público” u “orden público”, existen las medidas a través de las que el Estado interviene a fin de asegurar en la sociedad su organización moral, política, social y económica, y están incluidas dentro de ellas, las normas jurídicas que se refieren al control de precios en los artículos de consumo básico. Esto como clara manifestación del principio general contenido en el artículo 50 constitucional, que dispone que el Estado debe procurar el mayor beneficio de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, lo que unido a la adhesión al principio cristiano de justicia social (art. 74 ídem) determinan la esencia misma del sistema político y social costarricense, que lo definen como un Estado de Derecho. Por ello, se afirma que esos principios de orden público social, justifican el amplio desarrollo que se promueve en torno a la protección de los derechos de los consumidores...”Parte del Considerando II, voto 2757-93 Sala Constitucional 14:45 horas 15 de junio de 1993.-

**“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.”**

Por su parte, el Reglamento a la ley 7472, número 25234-MEIC, publicado en Gaceta del 1 de julio de 1996, establece que el artesano es:

“Artesano: La persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en el que la mano de obra resulta el factor predominante, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie. El artesano se considerará como “consumidor” para los efectos de la Ley y el Reglamento.

Ahora bien, la definición contenida en la ley solo otorga tutela a aquellos que incluye en la misma, pero no incluye por ejemplo, al pequeño comerciante, sin embargo, en la legislación española (ley 26/84 no considera como consumidores a “quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” y esto hace por ejemplo, que tanto el artesano como el pequeño industrial no merezcan la tutela de esa definición de la ley 7472.

Al igual que otras legislaciones, la ley regula el concepto de consumidor como “destinatario final adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, recibe información o propuestas para ello”, incluso, y esto es algo interesantísimo, es que es posible **con esta ley se logre quebrar el principio de la relatividad de los contratos (art. 1025 C. Civil)**, y esto ocurre precisamente en la denominada responsabilidad civil

del fabricante, el cual puede ser demandado conjuntamente con el distribuidor, esto por la relaciones del contrato entre éste y el consumidor. (véase el artículo 32 de la ley 7472)

97

Se regula como “consumidor” tanto la persona física como la jurídica, como se dijo, destinatarios finales y la protección deviene en situaciones objetivas de desigualdad (no todas son iguales) Para el caso de las personas jurídicas, por ejemplo, como en aquellas contrataciones de crédito al consumo, es el caso de las tarjetas de crédito empresariales y se considera que esa protección surge sin regulación de la causa y frente a comerciantes o proveedores y en general todos aquellos que como empresarios mercantiles introducen en el mercado el intercambio de bienes y servicios hacia los consumidores.

Así, la legislación española gira en torno a un concepto subjetivo de destinatarios finales<sup>98</sup>, sin embargo, de acuerdo con el numeral 39 de la ley 7472, parece que los comerciantes como tales si podrían recibir la tutela del ordenamiento en aquellas contrataciones en donde de acuerdo con la “lista de cláusulas negra o gris” las cláusulas puedan ser abusivas. Puede afirmarse que se trata de la aplicación del principio de igualdad, garantizado constitucionalmente por el artículo 33. Así, don Eduardo Ortiz afirma que esa aplicación -el de la igualdad- empezó, en realidad, en 1978, cuando la Corte reconoció a las sociedades mercantiles el derecho de igualdad ante la ley, que el artículo 33 de la Constitución otorga literalmente sólo a las personas físicas. Dijo la Corte:

“No es razonable atenerse a la letra del precepto para fijar sus alcances, pues ningún motivo habría para circunscribir esa tutela a la persona humana y dejar desprotegidas a las personas morales que, al igual que la persona física, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones al amparo del ordenamiento jurídico”.

La importancia del fallo es capital, pues equivale nada menos que al reconocimiento a favor de los entes colectivos de los derechos humanos, distintos de los que “sólo se conciben como

---

<sup>97</sup> véase el comentario del principio de la relatividad de los efectos del contrato “privity of contract” en el derecho de daños, citado por VIGURI, La protección del consumidor usuario en el marco de los contratos de adhesión, Análisis comparado del Derecho Angloamericano, 1995, pp. 180 y sgtes.

<sup>98</sup> véase BOTANA GARCIA Gemma Alejandra, Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles, 1994, pp. 177-180.-

atribuciones de la persona física”. (sesión extraordinaria de la Corte Plena de 15 de junio de 1978).<sup>99</sup>

Parece que la definición es incompleta y presenta muchos problemas, que poco a poco habrá que solucionar.

### **3.2. Otras definiciones de “consumidor”.**

Existe además, en la ley 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de 9 de agosto de 1996 y publicada el 5 de setiembre de 1996, entre otras cosas, tutela la armonía de los intereses de los consumidores y **usuarios** de los servicios públicos con los prestatarios de éstos, de acuerdo con las necesidades de aquellos, todo con el fin de velar por una mejor calidad de vida.<sup>100</sup>

Se incluye además, en el numeral 46, la protección del inversor como consumidor<sup>101</sup>. La Comisión Parlamentaria que estudió el proyecto de ley N° 12023, “reforma a los artículos 24 y 46 de la Constitución Política”, relacionó que la Constitución debe actualizarse en materias como la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado<sup>102</sup> y en armonía con la indispensable necesidad de **promover y tutelar las libertades individuales de consumidores, usuarios y ahorrantes.**

Se identifica al consumidor como “consumidor jurídico” como aquel que contrata bienes y servicios con el adherente en contratos de adhesión concluidos mediante la adhesión

---

<sup>99</sup> ORTIZ ORTIZ Eduardo, La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 15, n. 44, mayo-agosto 1995 , pp.92-93.-

<sup>100</sup> véase el inciso a) del artículo 4 de la ley 7593.-

<sup>101</sup> sobre el tema, véase de ALPA Guido, el Capítulo tercero La tutela del Contraente debole, del artículo Introzione alla muova giurisprudenza, en Giurisprudenza Sistemica di Diritto Civile e Commerciale, Tomo I, 1992, pp. 163-216.- además, consúltese de VALENZUELA GARACH, op. cit., pp. 26-28.-

<sup>102</sup> Nos encontramos, por consecuencia, ante un marco económico-constitucional neutral: el de la economía social de mercado, pero no se bloquea la posibilidad de otro. CAZORLA PRIETO L.M., El modelo económico en el Anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación, 1978, P. 257, citado por FONT GALAN, op. cit., nota 270 en p. 146.-

unilateral de condiciones generales formuladas por una de las partes llamado predisponente, y que en virtud de ello podría darse el desequilibrio y desigualdad económica en que se encuentra ese consumidor y de acuerdo con lo establecido en la definición de consumidor, también califica la empresa como consumidor final ante la predisponente y gozará de la aplicación de la protección que el ordenamiento confiere para lograr el equilibrio contractual razonable.

Se está en presencia de materia reconocida típicamente cubierta por la legitimación objetiva<sup>103</sup> donde el -consumidor jurídico- aquel que contractualmente **adquiere** bienes y servicios y no considerado sujeto material, el que usa y consume los bienes y servicios adquiridos<sup>104</sup>, merece la tutela del ordenamiento con el fin de lograr la protección a su favor, en esta investigación como el adherente y supuestamente contratante débil y de ahí, como afirma Gómez Calle, se extiende la fórmula de Derecho de consumo y que algunos autores detectan la aparición de un nuevo sector del Derecho de obligaciones y contratos<sup>105</sup>.

Según Farina, jurídicamente consumidor puede ser un comprador, un inquilino, un locatario de un servicio o de una obra, un mutuuario, etc, sin que esto implique que deba pertenecer a una clase social, profesión o situación económica particular<sup>106</sup>, y la Directiva 85/577/CEE asimila sistemáticamente el consumidor a la figura del contratante, donde la doctrina llama a este tipo de consumidor “consumidor jurídico” frente al consumidor material. El derecho del consumo gira principalmente sobre el consumidor jurídico, sin embargo, la Directiva se refiere solamente a las personas físicas como posibles consumidores sin considerar como tales a las personas jurídicas.<sup>107</sup>

La ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, establece en el numeral 1.2 que consumidores y usuarios son las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup>PIZA ESCALANTE, op. cit., p. 672.-

<sup>104</sup>ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 56.-

<sup>105</sup>GOMEZ CALLE Esther, voz “Consumidor”, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, 1995, pp. 1536-1538.-

<sup>106</sup>FARINA, Defensa del Consumidor..., op. cit., p. 15.-

<sup>107</sup>BOTANA GARCIA, op. cit., pp. 66-67.-

<sup>108</sup> art. 1.2 Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en Código de Comercio y Legislación Mercantil, 1994, p. 601.- La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 mayo 92 establece que el consumidor no es ya considerado como un comprador o usuario de bienes y servicios para el propio uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diversos aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor e incluso la empresa puede



Pueden citarse como nociones recientes de consumidor la contenida en la Directiva 93/113/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y en su artículo 2.b) considera consumidor a “toda persona física que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe con un propósito que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial, industrial o profesional y en igual sentido la directiva de Crédito al Consumo (87/102/CEE).<sup>109</sup>

En el derecho estadounidense, se entiende por consumidor, en términos generales, quien compra, utiliza, mantiene y dispone de productos y servicios, es decir, el adquirente de bienes o usuario de servicios para satisfacer necesidades personales o familiares, no contemplando posibles lucros o posteriores reventas al respecto. Se excluye por consiguiente, inicialmente, a los productores, fabricantes o vendedores al por mayor o al por menor de dichos bienes o servicios.<sup>110</sup>

En realidad, el concepto consumidor es muy amplio y será considerado en este trabajo como consumidor jurídico en el rol del adherente, sea persona física o jurídica en el contrato de adhesión moderno. La ley 7472 se delimita en un doble ámbito, el subjetivo, en el sentido de que solo se aplica cuando la relación jurídica se refiere a un consumidor y en el ámbito objetivo, regula las condiciones generales contenidas en el numeral 39 de la ley 7472 y su complementación

El Derecho del Consumo, todavía tímido, tiene por finalidad proteger a lo que se considera la parte más débil, en definitiva asegura la "contractualidad efectiva" garantizando el conocimiento, la libertad y voluntariedad de conclusión del contrato. Los límites a la autonomía contractual, se articulan para lograr una auténtica autonomía, aunque parezca un juego de palabras. Porque existe una correspondencia estructural entre sistema económico de mercado, autonomía contractual y Derecho Privado y es donde el Estado deroga la autonomía donde existen relaciones de poder o dominación social, cuando el principio de igualdad formal de los contratantes no se corresponde con un equilibrio en la estructura

---

ampararse en la protección que otorga la Ley General de 1984 para determinados supuestos de situaciones de desigualdad.- REYES LOPEZ, PUERTES MARTI, ESTRUCH ESTRUCH y MONTES RODRIGUEZ, op. cit., pp. 59-60.-

<sup>109</sup> RIVERO ALEMAN, op. cit., p. 45.- conf. O'CALLAGHAN, op. cit.-

<sup>110</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, 1983, citado por VIGURI PEREA, op. cit., pp. 21-22.-

económica del tráfico y más se haya hecho hincapié es en relación con los contratos en los que una de las partes ocupa posición de inferioridad, **el contratante débil**.<sup>111</sup>

**En síntesis, ante la vinculación de las libertades contractuales con otras normas constitucionales, el consumidor merece ese plus de protección en aquellas contrataciones en que participe y dentro de los límites razonables establecidos para la autonomía de la voluntad que tiene su máxima expresión en el negocio jurídico, especialmente en el contrato de adhesión. Así, la libertad contractual queda limitada por el principio de la protección de los consumidores y la normativa imperativa de la ley 7472 que viene a reglamentar el principio constitucional de la protección del consumidor, resulta por consiguiente, irrenunciable y prevalece sobre cualquier pacto establecido por la predisponente.**

---

<sup>111</sup>GOMEZ LAPLAZA, op. cit.-

### 1. La protección del consumidor.

La Constitución Política consagra con carácter de principio -la protección del consumidor- y establece que consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a ser tutelados en la relación de consumo, en los distintos aspectos que surgen de ella<sup>112</sup>. Esa tutela surge de la imperiosa necesidad de dar protección a los consumidores, incluso el proyecto de ley por el cual se reforma el artículo 46 constitucional patrio incluye al consumidor inversor o ahorrante.

Dentro de los derechos económicos que la Constitución Política garantiza -la llamada "Constitución Económica"<sup>113</sup>-, se encuentran, además del derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, el derecho a la propiedad privada, la libertad de comercio, agricultura e industria y la libertad de contratación así como el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado<sup>114</sup>, y que

---

<sup>112</sup>MENENDEZ MENENDEZ Adolfo, La defensa del Consumidor: Principio General del Derecho en Estudios sobre la Constitución Española de los Derechos y Deberes Fundamentales. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, Editorial Civitas, Tomo II, 1991, pp. 1901-1917.- La *ratio legis* era la imperiosa necesidad de dar protección a los consumidores en sus reclamaciones, garantías, asociaciones. O'CALLAGHAN Xavier, Control y requisitos de la condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores en Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil, Autores Varios, 1994, p. 208.- Conf. ALMOGUERA GOMEZ Angel, Fe pública y Contratación Mercantil en Seguridad Jurídica, op. cit., pp. 140-141.-

<sup>113</sup>Se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Naturalmente, este "orden económico constitucional" no es una pieza aislada sino un elemento más adentro de la estructura básica de la ley fundamental. ARIÑO Gaspar, Economía y Estado, 1993, p. 95.- Las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de la actividad socioeconómica de los individuos y el Estado, constituyen el contenido de la llamada Constitución Económica. FONT GALAN Juan Ignacio, Constitución Económica y Derecho de la Competencia, 1987, pp. 131-132.-

<sup>114</sup> Crecimiento económico y protección del ambiente no se conciben hoy como fines antagónicos o excluyentes, sino como objetivos que deben compaginarse para procurar la calidad de vida. Ambos son bienes constitucionales, ninguno de los cuales prevalece a priori, sino que se limitan recíprocamente, y será

deben ser interpretados a la luz de los numerales 50 y 74, y otras normas constitucionales que excluyen recursos, bienes y servicios del tráfico económico, como por ejemplo, las frecuencias televisivas, telefónicas y radiofónicas, pero no limitados a éstas.

Pablo Rodríguez sostiene, que los artículos 50 y 74 constitucionales, claves para el estado social de derecho, tiene valor normativo para el derecho subordinado que se les oponga, el cual es nulo cuando palmariamente los contraríe y antes de la reforma al artículo 46 constitucional. Advierte que la Sala Constitucional identifica la protección de los consumidores con aquellos artículos.<sup>115</sup>

La reforma del numeral 46 constitucional, trajo consigo la consagración de la protección del consumidor como un derecho del ciudadano, en el marco del modelo de Estado social y democrático de Derecho costarricense<sup>116</sup>.

## 1.2. Contenido y alcance.

La defensa de los derechos de los consumidores, catalogados como intereses difusos<sup>117</sup>, suponen un plus de protección o una protección diversificada de un bien jurídico: pública por un lado y de los ciudadanos por el otro<sup>118</sup>.

---

el legislador ordinario el que, en cada caso, establezca las modulaciones de uno y de otro. DELGADO PIQUERAS Francisco. Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, en Revista Española de Derecho Constitucional, Mayo-Agosto, 1993, n. 38, p. 62.-

<sup>115</sup> RODRIGUEZ OCONTRILLO Pablo, Ensayo sobre el Estado Social de Derecho y la interpretación de la Constitución, 1995, pp. 66-69.-

<sup>116</sup> Ya la Sala Constitucional, en votos 2757-93 y 1441-92 hizo relación a “medidas” a través de las que el Estado interviene a fin de asegurar en la sociedad su organización moral, política, social y económica, y están incluidas dentro de ellas, las normas jurídicas que se refieren al control de precios en los artículos de consumo básico. Esto como una clara manifestación del principio general contenido en el artículo 50 constitucional ... unido a la adhesión al principio cristiano de justicia social (art. 74 ibidem).

<sup>117</sup> Véase RAMIREZ ALTAMIRANO Marina, Los intereses difusos y la legitimación para accionar en la jurisdicción constitucional, en REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, # 1, 1991, pp.101-117.- ORTIZ ORTIZ Eduardo, Intereses Colectivos y Legitimación Constitucional en Revista IVSTITIA, 1990, #46. JIMENEZ MEZA Manrique, La legitimación administrativa para la defensa de los Intereses Legítimos y los Derechos Subjetivos, 1990, pp.330-336.- STIGLITZ Gabriel, Protección Jurídica del Consumidor, 1990, pp.143-167.- El bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más fácil de su propia perfección; en consecuencia, debe de admitirse esa legitimación en defensa de intereses colectivos o difusos, como el equilibrio ecológico y el medio ambiente, la defensa del consumidor, el patrimonio artístico y cultural y la moral pública. FARINA Juan, Defensa del Consumidor y del Usuario, 1995, pp. 28-29.- Véase el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

<sup>118</sup> SANCHEZ MORON, La participación del ciudadano, citado por Jiménez Meza, La legitimación..., op. cit., p.331.- Los intereses difusos deben contemplarse a la luz de la inadaptabilidad de los esquemas jurídico

Se impone necesariamente determinar quien es consumidor. El tema no es nada sencillo, es bastante amplio y puede ser objeto de una investigación realizada al efecto, sin embargo, la ley 7472 define el concepto de “consumidor” así:

### Consumidor

Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

El mismo artículo 2 de la citada ley, también define al adherente en los contratos de adhesión, así:

### Adherente:

Sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente.

Se identifica al consumidor “jurídico” como aquel que contrata bienes y servicios con el adherente en contratos de adhesión concluidos mediante la adhesión unilateral de condiciones generales formuladas por una de las partes llamado predisponente, y que en virtud de ello podría darse el desequilibrio y desigualdad económica en que se encuentra ese consumidor y de acuerdo con lo establecido en la definición de consumidor, también califica la empresa como consumidor final ante la predisponente y gozará de la aplicación de la protección que el ordenamiento confiere para lograr el equilibrio contractual razonable.

---

tradicionales a las nuevas situaciones socio-económicas denominadas socializantes y que, como hemos apreciado, afectan de forma directa a grupos con aspiraciones colectivas (p. ej. urbanismo, ecología, consumo, etc.) ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 40.-

Se está en presencia de materia reconocida típicamente cubierta por la legitimación objetiva<sup>119</sup> donde el -consumidor jurídico- aquel que contractualmente **adquiere** bienes y servicios y no considerado sujeto material, el que usa y consume los bienes y servicios adquiridos<sup>120</sup>, merece la tutela del ordenamiento con el fin de lograr la protección a su favor, en esta investigación como el adherente y supuestamente contratante débil y de ahí, como afirma Gómez Calle, se extiende la fórmula de Derecho de consumo y que algunos autores detectan la aparición de un nuevo sector del Derecho de obligaciones y contratos<sup>121</sup>.

Según Farina, jurídicamente consumidor puede ser un comprador, un inquilino, un locatario de un servicio o de una obra, un mutuario, etc, sin que esto implique que deba pertenecer a una clase social, profesión o situación económica particular<sup>122</sup>, y la Directiva 85/577/CEE asimila sistemáticamente el consumidor a la figura del contratante, donde la doctrina llama a este tipo de consumidor “consumidor jurídico” frente al consumidor material. El derecho del consumo gira principalmente sobre el consumidor jurídico, sin embargo, la Directiva se refiere solamente a las personas físicas como posibles consumidores sin considerar como tales a las personas jurídicas.<sup>123</sup>

La ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, establece en el numeral 1.2 que consumidores y usuarios son las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.<sup>124</sup>

Pueden citarse como nociones recientes de consumidor la contenida en la Directiva 93/113/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y en su artículo 2.b) considera consumidor a “toda persona física que, en las transacciones

---

<sup>119</sup>PIZA ESCALANTE, op. cit., p. 672.-

<sup>120</sup>ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 56.-

<sup>121</sup>GOMEZ CALLE Esther, voz “Consumidor”, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, 1995, pp. 1536-1538.-

<sup>122</sup>FARINA, Defensa del Consumidor..., op. cit., p. 15.-

<sup>123</sup>BOTANA GARCIA Gemma Alejandra, Los Contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles, 1994, pp. 66-67.-

<sup>124</sup>art. 1.2 Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en Código de Comercio y Legislación Mercantil, 1994, p. 601.- La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 mayo 92 establece que el consumidor no es ya considerado como un comprador o usuario de bienes y servicios para el propio uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diversos aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor e incluso la empresa puede ampararse en la protección que otorga la Ley General de 1984 para determinados supuestos de situaciones de desigualdad. REYES LOPEZ M<sup>a</sup> José, PUERTES MARTI Antonio, ESTRUCH ESTRUCH Jesús y MONTES RODRIGUEZ Pilar. Jurisprudencia en materia de Protección de Consumidores y Usuarios, 1995, p. 59-60.-

reguladas por la presente Directiva, actúe con un propósito que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial, industrial o profesional y en igual sentido la directiva de Crédito al Consumo (87/102/CEE).<sup>125</sup>

En realidad, el concepto consumidor es muy amplio y será considerado en este trabajo como consumidor jurídico en el rol del adherente, sea persona física o jurídica en el contrato de adhesión moderno atípico con tipicidad social de tarjeta de crédito. La ley 7472 se delimita en un doble ámbito, el subjetivo, en el sentido de que solo se aplica cuando la relación jurídica se refiere a un consumidor y en el ámbito objetivo, regula las condiciones generales contenidas en el numeral 39 de la ley y su complementación.

En síntesis, ante la vinculación de las libertades contractuales con otras normas constitucionales, el consumidor merece ese plus de protección en aquellas contrataciones en que participe y dentro de los límites razonables establecidos para la autonomía de la voluntad que tiene su máxima expresión en el negocio jurídico, especialmente en el contrato de adhesión.

### 1.2.1. Promoción y protección de los intereses económicos

Se tutela con la reforma constitucional la libertad pública del consumidor ante la globalización comercial con el fin de balancear sus intereses en contrataciones que afectan los mismos, donde el individuo se enfrenta con una producción y circulación en masa, con agresivos sistemas de publicidad, con un marketing y una sofisticada ingeniería de ventas en un mercado altamente competitivo<sup>126</sup>.

Respecto del ámbito al que se puede extender la protección, se distingue entre la protección indirecta y la protección directa. La primera alcanza todo el hacer de los poderes públicos y en especial a la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios, regulación de importaciones, vigilancia de las sociedades multinacionales, etc., mientras que la protección directa se concibe como la realizada mediante la atribución de derechos concretos en favor del consumidor. El núcleo

---

<sup>125</sup> RIVERO ALEMAN, op. cit., p. 45.- conf. O'CALLAGHAN

<sup>126</sup> VALLESPINOS Carlos Gustavo, Responsabilidad por daños a los intereses económicos del consumidor, en la Responsabilidad, Autores varios, 1995, p. 492.

fundamental de la protección directa de los consumidores está constituida por la protección de sus intereses económicos, como consumidores que son de bienes y servicios, y en definitiva, con el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor se está haciendo referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que pueden serle económicamente perjudiciales de forma injustificada<sup>127</sup>, pero que no se trata de impedir la libertad de contratar sino de proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico existente entre los contratantes.<sup>128</sup>

También se protegen los intereses económicos del consumidor en aquellos campos en que exista al menos una potencial participación del mismo, por ejemplo, las inversiones accionarias en Bolsa<sup>129</sup>, las contrataciones bancarias, las contrataciones mercantiles atípicas como el mismo contrato de tarjeta de crédito, el leasing, el contrato de tiempo compartido, la compra venta a plazos, compra venta fuera del establecimiento mercantil, pero no limitados a esos, sino que además. en la ley 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de 9 de agosto de 1996 y publicada el 5 de setiembre de 1996, entre otras cosas, tutela la armonía de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios públicos con los prestatarios de éstos, en de acuerdo con las necesidades de aquellos, todo con el fin de velar por una mejor calidad de vida.<sup>130</sup>

Dromi y Menem, en sus comentarios a la Constitución Argentina, advierten que "la relación de consumo implica sustantivamente una relación de intereses económicos, más aún en la economía de mercado, del juego de la oferta y la demanda, donde precios y tarifas constituyen la contraprestación del consumidor, por la provisión que debe guardar siempre una relación básica de justicia contractual o reglamentaria, pública o privada con la ecuación de razonabilidad y proporcionalidad entre prestación y precio. El interés del consumidor reside en obtener el bien o servicio de que se trate por un precio justo, razonable. La distorsión de las leyes de mercado, por especulación, por acuerdos oligopólicos, por la existencia de monopolios, afecta el interés económico del consumidor y motiva la tutela judicial en caso de arbitrariedad o discriminación (art. 43, 2° párrafo). De igual modo, la existencia de contratos con cláusulas oscuras o ambiguas y sistemas de venta engañosos, atentan contra el interés del consumidor, y habilitan la protección constitucional de su derecho, por las vías procesales adjetivas. La Constitución jerarquiza esa tutela que ya la ley 24.240 había contemplado en situaciones de venta domiciliaria (arts. 32 a 35), operaciones

---

<sup>127</sup> BOTANA GARCIA, op. cit., pp. 18-19.-

<sup>128</sup> POLO Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, 1990, p. 30.

<sup>129</sup> conf. VALENZUELA GARACH Fernando, La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores, 1993, p. 163.-

<sup>130</sup> véase el inciso a) del artículo 4 de la ley.



de venta de crédito (art. 36), los términos abusivos e ineficaces (arts. 37 y 38), entre otras."<sup>131</sup>

### 1.2.2 Protección de los consumidores frente a los riesgos que puedan afectarlos.

Frente a la magnitud y variedad de productos y servicios que ofrece el mercado, resulta necesario regular los medios que determinen la responsabilidad por la calidad de los citados productos y servicios, de modo que no pueda derivarse un daño para los consumidores. Ello es congruente con la protección del derecho de la salud<sup>132</sup> del ser humano, que como corolario del derecho a la vida éste es considerado por la Sala Constitucional como derecho de valor principal y prioritario dentro de la escala de los derechos del hombre<sup>133</sup>.

Desde ese punto de vista, el acto de consumo (el individual o bien la suma de varios de ellos) en el mercado<sup>134</sup> lleva inmersa la problemática ambiental, es decir, se da una relación horizontal con el ambiente, por ejemplo, la adquisición de producto libre de contaminación (marketing ambiental) está obligando hoy día a las empresas a la aplicación de estándares como la ISO 14000, ello implica una ecoeficiencia empresaria en beneficio del consumidor, lo contrario, podría representar la eventual lesión al ambiente y a la salud humana a costa del acto de consumo<sup>135</sup>. En el fondo, la regulación ambiental es necesaria para el acto de consumo, se habla de protección eficiente del medio ambiente.<sup>136</sup> Se ilustra lo anterior con varios ejemplos: la ruptura de la capa de ozono, contaminación de cuencas por fábricas, etc.

<sup>131</sup> DROMI y MENEM, op. cit., pp. 148-149.-

<sup>132</sup> véanse votos de la Sala Constitucional 131-94, 4423-93, 5135-94, entre otros.-

<sup>133</sup> véanse votos de la Sala Constitucional 5130-94 y 1394-94, entre otros.-

<sup>134</sup> Las derivaciones modernas del principio de quien contamina paga han llevado a los Estados Industrializados a buscar nuevos mecanismos de mercado. Los Estados Unidos han orientado su política hacia los sistemas de títulos valores transferibles (tradeable permits) que, operando sobre un máximo posible de polución (standard de calidad) permiten a los agentes económicos autoregular sus niveles de emisión fomentando el "ahorro" en polución al valorarse y transferirse en el mercado. STEWART R., Controlling Environmental Risks Through Economic Incentives, citado por ALONSO GARCIA Enrique, El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea, Volúmen I, 1993, p. 89.

<sup>135</sup> El ecoetiquetaje, que consiste en la concesión por parte de un evaluador independiente, mediante un proceso controlado en cuanto a su neutralidad por lo poderes públicos, del logotipo de aprobación de un producto basándose en sus cualidades ambientales y que según el Reglamento, no podrá otorgarse a sustancias y preparados clasificados como peligrosos así como a aquellos productos que contengan alguna de dichas sustancias o preparados clasificados y que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o al medio ambiente. ALONSO GARCIA, op. cit., Vol. 1., pp. 90-91.-

<sup>136</sup> conf. SCHAFER Hnas-Bernd y OTT Claus, Manuel de Análisis económico del Derecho Civil, 1991, p. 27.- Véanse los artículos 8, 42.2, 54.3, 56 y 57 de la ley 7472.-

Por otro lado, muchas veces el marketing puede llegar a extremos en que la publicidad se oriente a engañar al consumidor al relacionar que el producto beneficia el ambiente y la salud, pero eventualmente puede ser nocivo.

La norma 32 de la ley 7472 contiene una serie de conceptos jurídicos indeterminados si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos y véase que el párrafo primero del artículo de marras señala la responsabilidad la cadena del bien e incluye a todos los participantes, y deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa.<sup>137</sup>

Ahora el mismo párrafo incluye la responsabilidad sin la existencia de "culpa", y se sustituye por un concepto objetivo<sup>138</sup> que sólo atiende a la responsabilidad de quien de una manera u otra introduce los productos o servicios en el mercado, y que tiene el deber de responder por los daños que de ellos puedan resultar.<sup>139</sup> Esa cadena incluye a todos, independientemente de las cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas en los diferentes contratos elaborados<sup>140</sup>, y hasta los dependientes y auxiliares, y esto es así puesto que la protección de los intereses de los consumidores son intereses difusos, con la excepción de aquellos que se exoneren de su deber indemnizatorio probando su irresponsabilidad o la negligencia del consumidor, cuando por ejemplo la información sea suficiente y el producto no sea defectuoso.

No obstante, apunta Piza Rocafort, la ley 7472 contiene algunas normas de dudosa constitucionalidad, entre ellas:

---

<sup>137</sup>Véase BAUDRIT CARRILLO Luis, Comentarios a la nueva ley de protección al consumidor, en REVISTA IVSTITIA, #101, año 9, pp.4-12.-

<sup>138</sup>véase el considerando VI de la fallo 106 de Sala Primera Civil de 14:55 de 8 de julio de 1992.-

<sup>139</sup>conf. FARINA, Defensa del Consumidor... op. cit., pp. 331-333.- Véanse además RIVERO SANCHEZ Juan Marcos, Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil costarricense, en REVISTA IVSTITIA, #105, año 9, pp. 10-17 y del mismo autor, Problemas de la indemnización de daños y perjuicios, en REVISTA IVSTITIA, #106, año 9, pp. 13-24.

<sup>140</sup>En todo caso, las consecuencias de la infracción a los límites de validez de las cláusulas exoneratorias será la nulidad del pacto limitativo, como consecuencias del carácter inderogable de dichos límites de validez y de la finalidad de los mismos, que no es otra cosa que asegurar a dicho negocio una tutela mínima en el crédito. La nulidad parcial es una consecuencia tanto del carácter inderogable de los límites de validez como del valor accesorio de las cláusulas de exoneración en el contexto del pacto, y se halla plenamente reconocida en la jurisprudencia. Esto supone que, erradicada la cláusula agravante o exoneradora, se acudiría al derecho dispositivo o a la interpretación conforme a buena fe para la integración de las posibles lagunas creadas por la anulación, salvaguardando el legítimo interés del contratante débil al mantenimiento del negocio, purgado de sus elementos lesivos. ECHABARRIA SAENZ Joseba A., El contrato de franquicia, Definición y conflictos de las relaciones internas, 1995, p. 421.

**c) las que exigen responsabilidades sin culpa -art 32- y revierten la carga de la prueba, sin las matizaciones propias de las responsabilidades por riesgo o de las responsabilidades objetivas, lo que contraria el sentido del artículo 39 de nuestra Constitución y el principio de libertad (artículo 28 de nuestra Constitución)**

El autor indica que para evitar la inconstitucionalidad de algunas normas, éstas deben interpretarse conforme a la Constitución (a sus normas, principios y valores). Esa es la mejor manera de cumplir los fines en favor de la competencia y en favor de los consumidores, sin afectar los derechos constitucionales de los agentes económicos y la libertad de empresa que reconoce el artículo 46.<sup>141</sup>

Por otro lado, y en materia de daño a la salud del consumidor, la seguridad o el medio ambiente, otorgado el debido proceso y sancionado el infractor, puede darse la denominada publicidad de la sanción<sup>142</sup> cuando derive algún riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores, afectarse el medio ambiente, incumplir con los estándares de calidad respectivos, reincidir en las mismas infracciones o lesionar directa o potencialmente, los intereses de la generalidad de los consumidores<sup>143</sup>. Esa publicidad de la sanción, es consecuencia de la condena como tal y es imperativa su publicación.

### 1.2.3 Información y elección

---

<sup>141</sup>PIZA ROCAFORT Rodolfo, A propósito de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en Revista IVSTITIA, año 9, #102, pp. 4-14.- A manera de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 13 de mayo de 1994, y por aspectos de salud, condena al Instituto Nacional de Salud por el comportamiento negligente en la prestación de servicio sanitario cuando se vale de productos que están en el mercado pero que son defectuosos, con independencia de si se trata de productos autorizados administrativamente o de productos clandestinos, pues incluso en el primer caso los artículos 26 y 27.1.a) de la ley de Consumidores y Usuarios exigen que la prestación del servicio se lleve a cabo con la diligencia propia de "la naturaleza del producto, servicio o actividad" y que se asegure al usuario la "idoneidad" del servicio en relación con el fin perseguido, exigencias todas ellas tanto más gravosas cuando lo que está en juego es el derecho a la salud que asiste a todo ciudadano y constituye un derecho básico de todo usuario. REYES LOPEZ, PUERTES MARTI, ESTRUCH ESTRUCH y MONTES RODRIGUEZ, op. cit., p. 732.-

<sup>142</sup> véanse los artículos 54 y 57 de la ley 7472.-

<sup>143</sup> Mi opinión, dado el grado actual de publicidad habitual de las decisiones administrativas, es la de la que la publicación de la sanción no es en sí una sanción ni una modalidad sancionatoria. Bien puede ser considerada así como una secuela, una consecuencia, una "medida complementaria" o algo accesorio a una sanción propiamente dicha. MARTIN-RETORTILLO BAQUER Lorenzo, Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas, en Revista de Administración Pública, setiembre-diciembre 1991, n. 126, p. 184.-

Un derivado obligatorio de este derecho a la protección de los usuarios y consumidores, es el derecho a una información adecuada y veraz que juega un papel fundamental en el derecho a la información<sup>144</sup> y el derecho a la educación que tiene como finalidad elevar el nivel de preparación de los consumidores para que puedan desenvolverse con mayor facilidad dentro de un medio lleno de libre circulación de ideas, donde el poder es considerado como medio de comunicación simbólicamente generalizado<sup>145</sup> que manejado publicitaria y preferente por aquellos que ostentan situaciones de poder pueden ejercer prácticas abusivas en contra del consumidor ante la contratación masiva, en este caso, ante la prerredacción contractual que no es discutida oportunamente al momento de suscribir la misma.

Esa información, que aún cuando es concebida como una mercancía que puede circular en diversos mercados, públicos o privados<sup>146</sup> no puede ser irrestricta, está sujeta a los límites correspondientes, todo como formación de la voluntad del consumidor<sup>147</sup>, especialmente aquella información publicitaria que tiende cada día más a formular ofertas al público y que especialmente incide en el tratamiento de la protección precontractual y contractual del consumidor, sobre todo en su fase de ejecución.<sup>148</sup>

El derecho de información (arts. 28 y 29 constitucionales) que accede a todo ciudadano ligado al derecho de la publicidad, específicamente en cuanto a la información clara y veraz (advertising) que se recibe a través del medio de comunicación (sentido amplio) y que incide necesariamente en el derecho de elección del consumidor (art. 46 constitucional), tiene su regulación legal de acuerdo al inciso b) (reformado por ley 7623, publicada el 9 de octubre de 1996) del artículo 31 de la ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del

---

<sup>144</sup>véanse los artículos 28, 29,46 y 48, todos constitucionales, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de de Derechos Humanos.-

<sup>145</sup>LUHMANN Nicklas. Poder, 1995, pp.8-10.-

<sup>146</sup>VILLAVARDE MENENDEZ Ignacio, Los Derechos del Público, 1995, p.33.-

<sup>147</sup>El artículo 2 de la ley 34/88 General de Publicidad española establece:

Artículo 2. A los efectos de esta ley, se entenderá por:

- Publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

-destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance. CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL española, op. cit., p. 684.- Influye directamente en la voluntad de todos aquellos a que va dirigido, por lo que su primordial fundamento se ha de hallar en la observación atenta del espíritu humano y en el estudio sistemático del hombre.CHULIA VICENT Eduardo, Los contratos publicitarios, en Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos, Tomo II, 1995, p. 478.-

<sup>148</sup> conf. POLO, op. cit., pp. 28-30.-

Consumidor, el 39 párrafo dos y sus incisos y 69, también de la misma ley, en lo que se refiere al interpretación de la voluntad contractual.<sup>149</sup>

Esa relevancia de la información se trata universalmente de uno de los tópicos esenciales del derecho del consumidor,<sup>150</sup> reconocido como necesidad legítima por la directriz de las Naciones Unidas (1985), que enuncia el derecho a recibir una información adecuada, que permita al consumidor hacer elecciones bien fundadas.<sup>151</sup>

Esa información se traduce en publicidad, por ello, Galván reconoce que hoy, la actividad publicitaria comercial es, en general, la industria de la tentación, inducción, sugestión, fascinación mediante mensajes a nivel conciente, inconsciente y preconciente, "fabricando" al hombre consumidor, para que adquiera bienes y servicios que se promocionan a través del mensaje publicitario y tiende a un solo fin: promover al máximo el consumo.<sup>152</sup>

El contenido sustantivo del derecho a la información, refiere al derecho que asiste a los eventuales consumidores o usuarios de bienes o servicios, frente a los obligados (quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, cualquiera sea su naturaleza, pública o privada) a que los bienes o productos incorporen o lleven consigo la información técnica y económica a disposición de los interesados, antes de ser adquiridos, utilizados o disfrutados.

El derecho de los consumidores y usuarios comprende, por su propia esencia jurídica, la libre elección<sup>153</sup>; o sea, no hay compraventa forzosa en el derecho de la libertad y en la economía de mercado. Tiene que haber, por razón de esencia y existencia del derecho, una posibilidad de competencia y de opción.

---

<sup>149</sup>Se parte de la base de imponer un full disclosure de las condiciones y características esenciales del negocio jurídico como pauta de orden público en la contratación con los usuarios. Es obligación de la entidad emisora, entonces, el "suministrar a los consumidores y usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente". MUGILLO Roberto, Tarjeta de Crédito, 1994, pp. 172-174.- La Fair Credit Billing Act de Estados Unidos de América también tutela el derecho de información que el consumidor debe recibir, consúltese la Red Internet <http://www.urlink.com/le/Library/Gene/34A.html>.-

<sup>150</sup>En relación con la obligación de respetar el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que se ha contemplado en conexión con la obligación de obediencia, surgen obligaciones constitucionales entre las que destacan las dirigidas a determinados grupos, ... que obliga a los empresarios a informar a los consumidores y usuarios. DE ASIS ROIG Rafael, Deberes y Obligaciones en la Constitución, 1991, pp. 440-441.-

<sup>151</sup>STIGLITZ Gabriel, La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo, en La Responsabilidad, Autores Varios, 1995, pp.473-478.-

<sup>152</sup>GALVAN Roberto Marcelo, Responsabilidad Civil derivada de la publicidad comercial, en La Responsabilidad, Autores Varios, 1995, pp.501-509.-

<sup>153</sup>DROMI y MENEM, op. cit., p. 150.-

## 2. La libertad de contratar y la protección de los consumidores.

Se reconoce tanto la libertad de contratar y la protección de los consumidores como derechos constitucionales económicos.

Diego Baudrit afirma que los contratos se inscriben en la actividad privada que protege el 28.2 constitucional y eso representa el germen del reconocimiento de la libertad de contratación, que deriva del principio de autonomía de la voluntad<sup>154</sup>, y tiene su más típica expresión en el negocio jurídico, que la declaración de voluntad a la que el Derecho atribuye efectos coincidentes con la misma y a su vez, en el contrato, que es el negocio jurídico bilateral productor de obligaciones<sup>155</sup>.

Para ello, es importante, determinar que el principio de autonomía de la voluntad, contenido en el numeral 28 constitucional, al cual también don Eduardo Ortiz hace cita<sup>156</sup>, está también limitado por aquellas normas y principios de contenido razonable y proporcionado de contenido imperativo, la moral, y aquellas que no perjudiquen a terceros, tal y como el numeral 28.2 lo determina con la articulación de varios artículos constitucionales, sin embargo tanto la libertad contractual como el derecho a la propiedad privada, la libertad de comercio<sup>157</sup>, industria y agricultura, íntimamente vinculadas con el ambiente y la utilización racional de los recursos naturales<sup>158</sup> la protección de los derechos de los consumidores y la competencia, limitan horizontalmente la libertad contractual y con la vinculación de los numerales 50 y 74 constitucionales entre otros.

---

<sup>154</sup> BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio general..., op. cit., pp. 63-64.-

<sup>155</sup> O'CALLAGHAN, op. cit., p. 201.-

<sup>156</sup> ORTIZ ORTIZ Eduardo, Situaciones Jurídicas Administrativas en Revista de Ciencias Jurídicas, Diciembre 1971, n. 18, p. 55.-

<sup>157</sup> El voto 3495-92 de la Sala Constitucional reconoce que se inscribe a partir del principio de propiedad privada y libertad de empresa, se inscribe como principio del mismo rango para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, que resume en cuanto elementos: a) libertad de elegir al co-contratante, b) libertad de escogencia del objeto mismo del contrato y de la prestación principal que lo concreta, c) libertad de determinación del precio, contenido o valor económico del contrato y d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes entre sus mutuas prestaciones, que reclama a su vez, el respeto por la igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

<sup>158</sup> Crecimiento económico y protección del ambiente no se conciben hoy como fines antagónicos o excluyentes, sino como objetivos que deben compaginarse para procurar la calidad de vida. Ambos son bienes constitucionales, ninguno de los cuales prevalece a priori, sino que se limitan recíprocamente, y será el legislador ordinario el que, en cada caso, establezca las modulaciones de uno y de otro. DELGADO PIQUERAS Francisco, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, en Revista Española de Derecho Constitucional, Mayo-Agosto, 1993, n. 38, p. 62.-

La Corte Plena en funciones de tribunal constitucional y mediante sentencia del 26 de agosto de 1982, desarrolló el concepto de la libertad de contratación. Afirmó que está contenida en el numeral 46 de la Constitución Política y determinó que esa libertad es la especie del género libertad de comercio y la Sala Constitucional, en la opinión consultiva en referencia al proyecto de ley de Hidrocarburos, expresó en el considerando XIV, que las normas subconstitucionales surgen de la interpretación armónica del derecho de la Constitución, como por ejemplo la relación género-especie entre la libertad de comercio y la libertad de contratación.<sup>159</sup>

El artículo 28 constitucional contiene varios principios, entre ellos el de libertad<sup>160</sup>, el de reserva de ley<sup>161</sup>, el sistema de libertad<sup>162</sup>, y Hernández Valle, afirma que "el principio de libertad de contratación participa de la doble condición de ser un principio derivable de la interpretación lógico-sistemática de la Constitución, sea de su artículo 28, párrafo segundo, artículos 45 y 46,... y de ser un principio que también se recava de la interpretación de algunas normas de rango normativo inferior, en este caso leyes, que lógicamente presuponen su existencia."<sup>163</sup>

La denominada "Autonomía de la Voluntad" se ubica dentro del principio de libertad, que puede considerarse como la posibilidad de hacer todo lo que no está prohibido, incluyendo la contratación y la facultad de obligarse según cada cual quiere, con quien quiera y cuando quiera, sin embargo, las libertades contractuales solo pueden ser restringidas en los supuestos

---

<sup>159</sup> Véanse entre otros, el Considerando III del voto 1944-95 de 15:18 horas de 18 de abril de 1995 y el considerando 1 del voto 479 de 17 horas del 11 de mayo de 1990, ambos de la Sala Constitucional.-

<sup>160</sup> véanse votos 4905-95 de 15:21 horas del 5/09/95, 5318-94 de 8:51 de 16/09/94 y 56-90 de 16:45 de 12/01/90, todos de la Sala Constitucional.-

<sup>161</sup> véanse votos de la Sala Constitucional 3173-93 de 14:57 horas del 06/07/93 y 1635-90 de 17 horas del 14/11/90.- Por precisa que sea una Constitución, evidentemente, no puede fijar todas las reglas relativas a los derechos y libertades. Estas deben ser desarrolladas por normas infraconstitucionales, que reglamenten, ante todo, el ejercicio de los derechos y libertades clásicos y concreten los derechos sociales. BON, op. cit., pp. 65-66.-

<sup>162</sup> La Sala Constitucional ha considerado que solamente en supuestos excepcionales caben las limitaciones a esta libertad, con interpretación restrictiva, basándose en el bien común, véase voto 6982 - 94 e incluso ha señalado que " los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, son conceptos jurídicos indeterminados, que no implican arbitrariedad y que están regidos por criterios de racionalidad, razonabilidad, flexibilidad o discrecionalidad, cuya interpretación y aplicación deben armonizar con los principios pro libertate y pro homine, básicos para la doctrina de derechos humanos, debe demostrarse una amenaza grave al orden público o estén de por medio intereses superiores. Véanse votos 3360 - 95 y 3173 - 93, también de la Sala Constitucional.

<sup>163</sup> HERNANDEZ VALLE Rubén, La libertad contractual como principio constitucional citado por BAUDRIT CARRILLO Diego, en Revista de Derecho Constitucional, op. cit. p. 62. Véase además HERNANDEZ VALLE Rubén, Las Libertades Públicas en Costa Rica, 1990, pp. 229 a 252.

del artículo 28 constitucional<sup>164</sup> patrio, es decir, en tanto su ejercicio no dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de

---

<sup>164</sup>Véase HABA Enrique, Retórica de "La" Libertad contra Las Libertades, en Revista de Ciencias Jurídicas, mayo-agosto 1993, # 75, pp.113-158.- Véase el Considerando III del voto 1944-95 de 15:18 horas de 18 de abril de 1995 de la Sala Constitucional. El considerando 1 del voto 479 de 17 horas del 11 de mayo de 1990, relaciona: " 1.- "La enumeración es harto elocuente, y pone de manifiesto que el ámbito de aplicación de lo que las partes hubieren consentido en uso de la libertad de contratación de cada uno proveniente de la inviolabilidad de su respectivo patrimonio, es mínimo cuando se trata de una relación inquilinaria. El querer entrelazante propio de la libertad de contratación privada, que a su vez es fruto de la disponibilidad del patrimonio, queda muy drásticamente reducido frente a una ley que, según su decir, es de orden público y se ocupa de casi la totalidad de los aspectos que pueden darse en la relación". Sala Constitucional, fallo No. 479 de las 17 horas de 11 de mayo de 1990.

El voto 27 de 16:18 horas del 3 de enero de 1995, de la Sala Constitucional, cita en parte el voto 3495-92 de 14:30 horas del 19/11/92, que en lo conducente dice: Ciertamente, nuestra Constitución consagra, en su artículo 28, tanto el principio de libertad, todavía meramente formal, en cuanto permite al ser humano todo aquello que la ley no le prohíba, pero aún sin imponer a ésta y a sus prohibiciones posibles ningún límite material (pgr. 1 ), cuanto el sistema de la libertad, que sí establece límites de contenido incluso, para la propia ley, dejando fuera de su alcance "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público y que no perjudiquen a terceros" (pgr. 2 ); principio y sistema de la libertad que son la razón de ser y el núcleo fundamental en el cual convergen, por una parte, el elenco de los derechos individuales y sociales y sus propias garantías y, por otra, todas las demás normas y principios constitucionales relativos a la organización y actividad del Estado, a la distribución de competencias entre los poderes públicos y al desarrollo del programa político-social de largo plazo del pueblo soberano, por boca del constituyente.

VI - Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de esta en el campo económico. En esta materia la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existentes entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación de aquéllas con el mundo del "tener", mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre -como la vida o a la libertad e integridades personales-, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango -no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como "indivisibles" e "interdependientes"- . Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (art. 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (art. 46) -que suponen, a su vez, el de libre contratación-. El segundo prohíbe de manera explícita, no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso oridiginada en una ley; a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que completan el marco general de la libertad económica. " El problema de los límites de la libertad contractual se presenta normalmente bajo dos aspectos diferentes. De una parte, como discrepancia entre el modelo normativo-conceptual y la realidad empírica; de otra, como contradicción entre principios y reglas ínsitos en el mismo sistema.

Bajo el primer aspecto, el problema tiende a coincidir con otra cuestión más general: la relación entre igualdad formal y desigualdad real. Igualdad formal y libertad contractual se encuentran, en este sentido, en una íntima conexión: la atribución de la libertad de contratación a todos los miembros de la sociedad es el medio a través del cual se plasma la igualdad de todos ante la ley y, viceversa, la igualdad ante la ley es el presupuesto de la libertad contractual.

En efecto, frente al principio normativo de la libertad contractual, las restricciones legales aparecen como excepciones o limitaciones que representan un lapso de continuidad del sistema, un factor de anormalidad; por el contrario, frente a las efectivas situaciones de desigualdad, las restricciones de la libertad formal aparecen como algo plenamente coherente y perfectamente justificado. Así pues, si aumentan las medidas restrictivas, se acentúa la necesidad de reafirmar el carácter excepcional de éstas, mientras que si sucede lo contrario, la discrepancia entre principio normativo y realidad empírica parece poner a prueba el valor mismo del principio.



terceros<sup>165</sup>, que son conceptos abiertos y que regulan la autonomía de la voluntad<sup>166</sup> como manifestación de la capacidad de los sujetos. Esto significa que la autonomía no es simplemente un poder de autonormación entregado a los particulares, sino que hay siempre un conjunto mixto de "lex privata" y "lex publica".<sup>167</sup>

Es incuestionable que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites<sup>168</sup>, aunque solo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás<sup>169</sup> y que la propia norma constitucional que consagra los derechos fundamentales pueda en determinadas circunstancias establecer los límites a los que éstos se hallan sometidos, ya sean con carácter general o algún derecho en particular y que la introducción de límites fundamentales solo puede hacerse con norma con rango de ley, sin embargo, como se dijo antes, esa libertad contractual está limitada horizontalmente por los derechos de los consumidores y el ambiente, además de la vinculación con otros artículos.

En determinadas ocasiones, son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución<sup>170</sup>, pero aún cuando no exista expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional, eso no significa que no los tenga<sup>171</sup>.

---

Planteadas así las cosas, desde una perspectiva alternativa, parece obvio que el problema de los límites de la libertad contractual tiende a convertirse en el plano interpretativo, en el del carácter excepcional o no de las normas que imponen restricciones, en determinar cual es su fuerza expansiva. Así pues, al menos a nivel teórico, resulta claro que el planteamiento del problema se concreta con la antinomia libertad-coacción. Así por ejemplo, mientras se afirma que "de una parte existe el abuso y, de otra, una persona que busca justicia y no la encuentra" BARCELLONA Pietro, HART Dieter y MÜCKENGERBER Ulrich. La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica, 1993, pp. 137-139.-

<sup>165</sup>Extracto del Considerando XIII del Voto de la Sala Constitucional 3495-92 de 14:30 horas de 19 de noviembre de 1992.

<sup>166</sup>Las leyes deben dictarse para resolver problemas de la sociedad civil o para tutelar valores consagrados constitucionalmente. Fuera de ese ámbito de regulación, el legislador no puede interferir en la esfera de libertad que el ordenamiento le garantiza a los ciudadanos por medio de los derechos fundamentales. La esencia de tales derechos estriba en que garantizan áreas irreductibles de acción privada, o sea que sus titulares, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, pueden autoregular su conducta en sociedad, a condición de que sus acciones no sean contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres. HERNANDEZ VALLE Rubén, Los principios Constitucionales, 1992, p. 25.

<sup>167</sup>GOMEZ LAPLAZA María Carmen, Autonomía de la Voluntad: problemática actual, exposición en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, octubre de 1996. Tomado de la Red Internet, <http://www.jornadas-civil.org/plaza.html>.-

<sup>168</sup>todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad. En otros términos, la relatividad de los derechos fundamentales es consustancial a su propia naturaleza. HERNANDEZ VALLE Rubén, El derecho de la Constitución, Volúmen II, 1993, pp.335-336.-

<sup>169</sup>Toda limitación de derechos ha de estar justificada por la explícita

<sup>170</sup>AGUIAR DE LUQUE Luis, Los límites de los derechos fundamentales, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril, 1993, n° 14, p. 16.-

<sup>171</sup>véase considerando IV del voto de Sala Constitucional 3495-92.

En todo caso, es necesario relacionar el artículo 51 de la Constitución Española de 1978, que también establece que la ley regulará el comercio interior de acuerdo con la defensa de los consumidores y usuarios.<sup>172</sup> Véase además el artículo 42 de la Constitución de la nación Argentina, que a su vez, impone limitaciones a la libertad contractual.<sup>173</sup>

La corriente de protección al débil

puede sustraerse de la predisposición de las cláusulas por necesitar el bien o el servicio, ha surgido con mucha fuerza y con manifestaciones de forma relevante desde hace ya muchas décadas, desde la aparición del contrato de adhesión y las condiciones generales, como consecuencia de la evolución económica, y por la falta de "información" garantizado éste como un derecho del consumidor.

La circulación cada día más rápida de las riquezas y de los bienes y por la creciente complejidad y especialización de los procesos de producción, ya que la sociedad se vale de contratos distintos y coligados para realizar actividades económicas unitarias<sup>174</sup>, conllevan necesariamente a la protección del contratante débil para evitar ese desequilibrio en la contratación.

Ningún derecho es ilimitado<sup>175</sup>, y en relación a la libertad contractual la misma tampoco es absoluta. Existe un principio general de rango constitucional, según el cual las potestades para modificar unilateralmente<sup>176</sup> los contratos privados, aún consentidas en ellos por las

---

<sup>172</sup>Art. 51. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL ESPAÑOLA, 1994, P.56.

<sup>173</sup>Artículo 42. [Derechos del consumidor y del usuario]- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e interés económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...- FARINA, Defensa del consumidor..., op. cit., p.499.-

<sup>174</sup>FERRANDO G., Crédito al Consumo, operazione economica unitaria e pluralità di contratti, citado por LOPEZ FRIAS Ana, Los Contratos Conexos, 1994, p. 25.-

<sup>175</sup>Los derechos fundamentales, en función de su contenido, pueden cuando menos englobarse en tres grandes categorías: derechos de libertad negativa (o derechos de no ser compelido a...), derechos de libertad positiva (o derechos de ejercer libremente una determinada actividad) y derechos de prestación, debiendo, consecuentemente, adecuarse la noción de límite al contenido de los derechos comprendidos en cada uno de los citados apartados. ZAGREBELSKY, Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional italiano, citado por AGUIAR DE LUQUE, op. cit., p. 10.- Conf. BON, op. cit., p.69.-

<sup>176</sup>El principio de obligatoriedad de los contrarios es consecuencia directa e inmediatamente derivada del más importante principio de autonomía de la voluntad privada y tiene como consecuencia: a) su

partes, no pueden depender de la voluntad de una de ellas ni de hechos cuyo riesgo le corresponda asumir a una y no a ambas partes por igual<sup>177</sup>, ya que el artículo 28 constitucional, al referirse al orden público en relación con las acciones privadas, se pretende lograr un justo equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la comunidad, de tal forma que se busque la pacífica convivencia social.<sup>178</sup>

Igualmente, las libertades que consagra el artículo 46 constitucional, que debe entenderse en armonía con el numeral 50 constitucional, entre otros, también aquel tiene limitaciones y corresponden esos límites a aquellas normas, pero no solo esas, de carácter imperativo que pueden encontrarse por ejemplo en el Código de Comercio -normas de derecho cambiario-; aquellas contenidas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las normas de la ley del Ambiente, las normas de Urbanismo, varios de ellos.<sup>179</sup>

---

irrevocabilidad unilateral ( a no ser que, como en el contrato de mandato, la ley así lo permita) parte del voto 4-97 del Tribunal Superior de Heredia de 8:05 horas del 6 de enero de 1997.

<sup>177</sup>véase voto de la Sala Constitucional 5318 - 94

<sup>178</sup>Véase voto de la Sala Constitucional 56 - 90.

<sup>179</sup>El artículo 69 de la Ley 7472 establece los alcances de la misma, con disposiciones inderogables y prevalecientes sobre todo uso mercantil. Véase además el considerando IX del fallo 81 de la Sala Primera Civil, de 15 horas de 20 de mayo de 1992.- Consúltese el dictámen C-025-95 de la Procuraduría General de la República sobre la aplicación de la protección al consumidor.- " 1.- El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria". En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas, cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución, dispone que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". Dicha norma, interpreta (sic) sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, "...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así, una verdadera "**reserva constitucional**" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público". (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17,00 horas del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone: "1.-El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2.-Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia". En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que "...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los "decretos" o "decretos reglamentarios" dictados por el Poder Ejecutivo, y los "reglamentos autónomos", dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía". En consecuencia, el artículo 28 constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden públicos, o que perjudiquen a terceros, sean susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y

El orden público, los intereses de terceros, los límites internos y externos y que identifican el abuso del derecho - pueden ser objeto de regulación legal. Son derecho imperativo y son en último análisis libertad ordenada y aquí orden es término contrario a arbitrariedad.<sup>180</sup> Esto significa que solo por ley formal es posible regular y restringir los derechos y libertades fundamentales, y solo por vía reglamentaria o en normas de rango inferior, podría la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo ella está habilitada a imponer.

Queda reconocido que uno de las libertades constitucionales, al igual que el derecho de los consumidores y usuarios es la libertad de contratación. Existen dos enfoques doctrinales sobre la protección constitucional de la libertad contractual, según se entienda que "la libertad contractual es una consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de comercio" ó bien que "la libertad contractual es un principio general de derecho de naturaleza constitucional".<sup>181</sup>

Para ello, la Sala Constitucional en el voto 3495-92 ha relacionado que: "La Constitución Política establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (artículo 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (artículo 46) que suponen, a su vez, el de libre contratación. El segundo prohíbe de manera explícita no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; y a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que se completan el marco general de la libertad económica ... y partiendo el reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad en general (artículo 28), del derecho a la propiedad privada (artículo 45) y de la libertad de empresa (artículo 46), se inscribe como principio constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

a) La libertad para elegir al Co-contratante;

b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;

---

no el Poder Ejecutivo por vía de decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho". Sala Constitucional Sentencia No. 1195-91 de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991. Véase PIZA ROCAFORT, A propósito..., op. cit., pp.4-14.-

<sup>180</sup>BAUDRIT CARRILLO, Diego, El Principio General..., op. cit., pp. 67 y s.-

<sup>181</sup>BAUDRIT Diego. El Principio General de la Libertad para Contratar en Revista de Derecho Constitucional, citado por JIMENEZ LIBBY Roxana, Los límites de la libertad contractual, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, 1992, p. 41.-

c) La libertad en la determinación del precio contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; y

d) **El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato**".<sup>182</sup> El subrayado no es del original.

En el fondo, se señala el respeto al contenido esencial del derecho limitado y el principio de proporcionalidad, objetivamente justificado, pero ante los excesos y el abuso.

## 2.1 Límite de los límites.

Se conoce al conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia. Así, toda limitación de derechos ha de estar justificada por la explícita habilitación constitucional o por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, la justificación de la habilitación y su correlato de proporcionalidad entre aquella y el sacrificio impuesto también pueden ser considerados límites de los límites<sup>183</sup>, y que esos límites de los límites gozan de una fuerza expansiva fruto del papel decisivo de los derechos en la determinación del orden básico de valores constitucionales, por lo que como bien lo ha expuesto Parejo<sup>184</sup> "esta significación de los derechos fundamentales ha de operar por si misma un primario efecto limitador de las leyes reguladoras de los mismos".

## 2.2.- In dubio pro libertad?

Para llegar a establecer si el principio de in dubio pro libertad existe, debe considerarse que la libertad protege determinados valores, pero el interés social protege otros que restringen el

---

<sup>182</sup>Extracto del voto de la Sala Constitucional 3495-92 de 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.

<sup>183</sup>AGUIAR DE LUQUE, op. cit., p. 25.- Estos límites no pueden ser, ellos mismos, ilimitados, porque entonces estaríamos ante la desaparición del derecho en cuestión. BON, op. cit., p.69.-

<sup>184</sup>PAREJO ALFONSO L., El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, citado por AGUIAR DE LUQUE, op. cit., pp.25-26.-

principio de libertad a través del denominado principio de autoridad. Las regulaciones constitucionales están dirigidas a compatibilizar el interés individual con el social, para encontrar un equilibrio justo y moral entre libertad y autoridad, por ello, puede decirse que el principio in dubio pro libertad no cabe, por cuanto lo que debe buscarse es ese equilibrio y no proteger uno de los valores fundamentales involucrados en perjuicio indebido del otro.<sup>185</sup>

En efecto, el Derecho del Consumo, todavía tímido, tiene por finalidad proteger a lo que se considera la parte más débil, en definitiva asegura la "contractualidad efectiva" garantizando el conocimiento, la libertad y voluntariedad de conclusión del contrato. Los límites a la autonomía contractual, se articulan para lograr una auténtica autonomía, aunque parezca un juego de palabras. Porque existe una correspondencia estructural entre sistema económico de mercado, autonomía contractual y Derecho Privado y es donde el Estado deroga la autonomía donde existen relaciones de poder o dominación social, cuando el principio de igualdad formal de los contratantes no se corresponde con un equilibrio en la estructura económica del tráfico y más se haya hecho hincapié es en relación con los contratos en los que una de las partes ocupa posición de inferioridad, el contratante débil.<sup>186</sup>

## CAPITULO II

### El principio de libertad de contratar y el contrato.

#### Sección A.

#### 1. La libertad de contratar.

---

<sup>185</sup>MURILLO MAURO, In dubio pro libertad? en Revista de Derecho Constitucional, 1991, #2, pp. 149-155.

<sup>186</sup>GOMEZ LAPLAZA, op. cit.-

Al igual que el principio la protección de los consumidores, **se reconoce la libertad de contratar como derecho constitucional económico.**

En efecto, la Corte Plena en funciones de Tribunal Constitucional y mediante sentencia del 26 de agosto de 1982, desarrolló el concepto de la **libertad de contratación**. Afirmó que está contenida en el numeral 46 de la Constitución Política y determinó que esa libertad es la especie del género libertad de comercio y la Sala Constitucional, en la opinión consultiva en referencia al proyecto de ley de Hidrocarburos, expresó en el considerando XIV, que las normas subconstitucionales surgen de la interpretación armónica del derecho de la Constitución, como por ejemplo la relación género-especie entre la libertad de comercio y la libertad de contratación.<sup>187</sup>

Hernández Valle, por su parte, afirma que "el principio de libertad de contratación participa de la doble condición de ser un principio derivable de la interpretación lógico-sistemática de la Constitución, sea de su artículo 28, párrafo segundo, artículos 45 y 46,... y de ser un principio que también se recava de la interpretación de algunas normas de rango normativo inferior, en este caso leyes, que lógicamente presuponen su existencia."<sup>188</sup>

La denominada "**Autonomía de la Voluntad**" se ubica dentro del principio de libertad, que puede considerarse como la posibilidad de hacer todo lo que no está prohibido, incluyendo la contratación y la facultad de obligarse según cada cual quiere, con quien quiera y cuando quiera, sin embargo, las libertades contractuales solo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional<sup>189</sup> patrio, es decir, en tanto su ejercicio no dañe la moral social,

<sup>187</sup> Véanse entre otros, el Considerando III del voto 1944-95 de 15:18 horas de 18 de abril de 1995 y el considerando 1 del voto 479 de 17 horas del 11 de mayo de 1990, ambos de la Sala Constitucional.-

<sup>188</sup>HERNANDEZ VALLE Rubén, La libertad contractual como principio constitucional citado por BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio la libertad de contratación, en Revista de Derecho Constitucional, N. 2., 1991, p. 62. Véase además HERNANDEZ VALLE Rubén, Las Libertades Públicas en Costa Rica, 1990, pp. 229 a 252.

<sup>189</sup>Véase HABA Enrique, Retórica de "La" Libertad contra Las Libertades, en Revista de Ciencias Jurídicas, mayo-agosto 1993, # 75, pp.113-158.- Véase el Considerando III del voto 1944-95 de 15:18 horas de 18 de abril de 1995 de la Sala Constitucional. El considerando 1 del voto 479 de 17 horas del 11 de mayo de 1990, relaciona: " 1.- "La enumeración es harto elocuente, y pone de manifiesto que el ámbito de aplicación de lo que las partes hubieren consentido en uso de la libertad de contratación de cada uno proveniente de la inviolabilidad de su respectivo patrimonio, es mínimo cuando se trata de una relación inquilinaria. El querer entrelazante propio de la libertad de contratación privada, que a su vez es fruto de la disponibilidad del patrimonio, queda muy drásticamente reducido frente a una ley que, según su decir, es de orden público y se ocupa de casi la totalidad de los aspectos que pueden darse en la relación". Sala Constitucional, fallo No. 479 de las 17 horas de 11 de mayo de 1990.

el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros<sup>190</sup>, que son conceptos abiertos y que regulan la autonomía de la voluntad<sup>191</sup> como manifestación de la capacidad de los sujetos. Esto significa que la autonomía no es

---

El voto 27 de 16:18 horas del 3 de enero de 1995, de la Sala Constitucional, cita en parte el voto 3495-92 de 14:30 horas del 19/11/92, que en lo conducente dice: Ciertamente, nuestra Constitución consagra, en su artículo 28, tanto el principio de libertad, todavía meramente formal, en cuanto permite al ser humano todo aquello que la ley no le prohíba, pero aún sin imponer a ésta y a sus prohibiciones posibles ningún límite material (pgr. 1 ), cuanto el sistema de la libertad, que sí establece límites de contenido incluso, para la propia ley, dejando fuera de su alcance "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público y que no perjudiquen a terceros" (pgr. 2 ); principio y sistema de la libertad que son la razón de ser y el núcleo fundamental en el cual convergen, por una parte, el elenco de los derechos individuales y sociales y sus propias garantías y, por otra, todas las demás normas y principios constitucionales relativos a la organización y actividad del Estado, a la distribución de competencias entre los poderes públicos y al desarrollo del programa político-social de largo plazo del pueblo soberano, por boca del constituyente.

VI - Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de esta en el campo económico. En esta materia la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existentes entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación de aquéllas con el mundo del "tener", mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre -como la vida o a la libertad e integridades personales-, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango -no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como "indivisibles" e "interdependientes"-. Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (art. 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (art. 46) -que suponen, a su vez, el de libre contratación-. El segundo prohíbe de manera explícita, no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso oridiginada en una ley; a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que completan el marco general de la libertad económica." El problema de los límites de la libertad contractual se presenta normalmente bajo dos aspectos diferentes. De una parte, como discrepancia entre el modelo normativo-conceptual y la realidad empírica; de otra, como contradicción entre principios y reglas ínsitos en el mismo sistema.

Bajo el primer aspecto, el problema tiende a coincidir con otra cuestión más general: la relación entre igualdad formal y desigualdad real. Igualdad formal y libertad contractual se encuentran, en este sentido, en una íntima conexión: la atribución de la libertad de contratación a todos los miembros de la sociedad es el medio a través del cual se plasma la igualdad de todos ante la ley y, viceversa, la igualdad ante la ley es el presupuesto de la libertad contractual.

En efecto, frente al principio normativo de la libertad contractual, las restricciones legales aparecen como excepciones o limitaciones que representan un lapso de continuidad del sistema, un factor de anormalidad; por el contrario, frente a las efectivas situaciones de desigualdad, las restricciones de la libertad formal aparecen como algo plenamente coherente y perfectamente justificado. Así pues, si aumentan las medidas restrictivas, se acentúa la necesidad de reafirmar el carácter excepcional de éstas, mientras que si sucede lo contrario, la discrepancia entre principio normativo y realidad empírica parece poner a prueba el valor mismo del principio.

Planteadas así las cosas, desde una perspectiva alternativa, parece obvio que el problema de los límites de la libertad contractual tiende a convertirse en el plano interpretativo, en el del carácter excepcional o no de las normas que imponen restricciones, en determinar cual es su fuerza expansiva. Así pues, al menos a nivel teórico, resulta claro que el planteamiento del problema se concreta con la antinomia libertad-coacción. Así por ejemplo, mientras se afirma que "de una parte existe el abuso y, de otra, una persona que busca justicia y no la encuentra" BARCELLONA Pietro, HART Dieter y MÜCKENGERBER Ulrich. La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica, 1993, pp. 137-139.-

<sup>190</sup>Extracto del Considerando XIII del Voto de la Sala Constitucional 3495-92 de 14:30 horas de 19 de noviembre de 1992.



simplemente un poder de autonormación entregado a los particulares, sino que hay siempre un conjunto mixto de "lex privata" y "lex publica".<sup>192</sup>

Para ello, es importante, determinar que el principio de autonomía de la voluntad, contenido en el numeral 28 constitucional, al cual también don Eduardo Ortiz hace cita<sup>193</sup>, está también **limitado** por aquellas normas y principios de contenido razonable y proporcionado de contenido imperativo, la moral, y aquellas que no perjudiquen a terceros, tal y como el numeral 28.2 lo determina con la articulación de varios artículos constitucionales, sin embargo tanto la libertad contractual como el derecho a la propiedad privada, la libertad de comercio<sup>194</sup>, industria y agricultura, íntimamente vinculadas con el ambiente y la utilización racional de los recursos naturales<sup>195</sup> la protección de los derechos de los consumidores y la competencia, **limitan horizontalmente la libertad contractual** incluso con la vinculación de los numerales 50 y 74 constitucionales entre otros.

Es incuestionable, como se dijo en el primer capítulo, que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites<sup>196</sup>, aunque solo sea por su necesidad de articulación con los

---

<sup>191</sup> las leyes deben dictarse para resolver problemas de la sociedad civil o para tutelar valores consagrados constitucionalmente. Fuera de ese ámbito de regulación, el legislador no puede interferir en la esfera de libertad que el ordenamiento le garantiza a los ciudadanos por medio de los derechos fundamentales. La esencia de tales derechos estriba en que garantizan áreas irreductibles de acción privada, o sea que sus titulares, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, pueden autoregular su conducta en sociedad, a condición de que sus acciones no sean contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres. HERNANDEZ VALLE Rubén, Los principios Constitucionales, 1992, p. 25.

<sup>192</sup> GOMEZ LAPLAZA María Carmen, Autonomía de la Voluntad: problemática actual, exposición en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, octubre de 1996. Tomado de la Red Internet, <http://www.jornadas-civil.org/plaza.html>.

<sup>193</sup> ORTIZ ORTIZ Eduardo, Situaciones Jurídicas Administrativas en Revista de Ciencias Jurídicas, Diciembre 1971, n. 18, p. 55.-

<sup>194</sup> El voto 3495-92 de la Sala Constitucional reconoce que se inscribe a partir del principio de propiedad privada y libertad de empresa, se inscribe como principio del mismo rango para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, que resume en cuanto elementos: a) libertad de elegir al co-contratante, b) libertad de escogencia del objeto mismo del contrato y de la prestación principal que lo concreta, c) libertad de determinación del precio, contenido o valor económico del contrato y d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes entre sus mutuas prestaciones, que reclama a su vez, el respeto por la igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

<sup>195</sup> Crecimiento económico y protección del ambiente no se conciben hoy como fines antagónicos o excluyentes, sino como objetivos que deben compaginarse para procurar la calidad de vida. Ambos son bienes constitucionales, ninguno de los cuales prevalece a priori, sino que se limitan recíprocamente, y será el legislador ordinario el que, en cada caso, establezca las modulaciones de uno y de otro. DELGADO PIQUERAS Francisco, Régimen Jurídico del Derecho Constitucional al Medio Ambiente, en Revista Española de Derecho Constitucional, Mayo-Agosto, 1993, n. 38, p. 62.-

<sup>196</sup> todos los derechos fundamentales nacen limitados porque se ejercitan dentro del marco de la sociedad. En otros términos, la relatividad de los derechos fundamentales es consustancial a su propia naturaleza. HERNANDEZ VALLE Rubén, El derecho de la Constitución, Volúmen II, 1993, pp.335-336.-

derechos de los demás y que la propia norma constitucional que consagra los derechos fundamentales pueda en determinadas circunstancias establecer los límites a los que éstos se hallan sometidos, ya sean con carácter general o algún derecho en particular y que la introducción de límites fundamentales solo puede hacerse con norma con rango de ley, sin embargo, como se dijo antes, esa libertad contractual está limitada horizontalmente por los derechos de los consumidores y el ambiente, además de la vinculación con otros artículos.

En determinadas ocasiones, son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución<sup>197</sup>, pero aún cuando no exista expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional, eso no significa que no los tenga<sup>198</sup>.

Queda por tanto reconocido que una de las libertades constitucionales, al igual que el derecho de los consumidores y usuarios es la libertad de contratación. Existen dos enfoques doctrinales sobre la protección constitucional de la libertad contractual, según se entienda que "la libertad contractual es una consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de comercio" ó bien que "la libertad contractual es un principio general de derecho de naturaleza constitucional".<sup>199</sup>

Para ello, la Sala Constitucional en el voto 3495-92 ha relacionado que:

"La Constitución Política establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (artículo 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (artículo 46) que suponen, a su vez, el de libre contratación. El segundo prohíbe de manera explícita no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; y a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que se completan el marco general de la libertad económica ... y partiendo el reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad en general (artículo 28), del derecho a la propiedad privada (artículo 45) y de la libertad de empresa (artículo 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el

<sup>197</sup> conf. AGUIAR DE LUQUE, op. cit., p. 16.-

<sup>198</sup> véase considerando IV del voto de Sala Constitucional 3495-92.

<sup>199</sup> BAUDRIT Diego. El Principio General de la Libertad para Contratar en Revista de Derecho Constitucional, citado por JIMENEZ LIBBY Roxana, Los límites de la libertad contractual, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, 1992, p. 41.-

ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

- a) La libertad para elegir al Co-contratante;
- b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;
- c) La libertad en la determinación del precio contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; y
- d) **El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato"**.<sup>200</sup> El subrayado no es del original.

En el fondo, se señala el respeto al contenido esencial del derecho limitado y el principio de proporcionalidad, objetivamente justificado, pero ante los excesos y el abuso, logrando por ello, **un equilibrio contractual razonable** pero a su vez, esa libertad de contratación comprende la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va a hacerlo y de establecer el contenido. Pero, afirman los Stiglitz que si un contratante puede imponer al otro su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad de adherirse sin discutir, el contrato solo expresa la ley del más fuerte, alterándose los términos, y se acuña la idea opuesta: la libertad esclaviza y la ley liberta.<sup>201</sup>

A su vez, se ha advertido que entre la duda sobre el desarrollo del papel que le corresponde al Estado moderno y a la actividad privada, debe decidirse, conforme a los valores constitucionales, a favor de los ciudadanos y no al Estado<sup>202</sup>, sin embargo, para llegar a establecer si el **principio de in dubio pro libertad** existe, debe considerarse que la libertad protege determinados valores, pero el interés social protege otros que restringen el principio de libertad a través del denominado principio de autoridad. Las regulaciones constitucionales están dirigidas a compatibilizar el interés individual con el social, para encontrar un equilibrio justo y moral entre libertad y autoridad, por ello,  **puede decirse que el principio in dubio pro libertad no cabe, por cuanto lo que debe buscarse es ese equilibrio y no**

<sup>200</sup> Extracto del voto de la Sala Constitucional 3495-92 de 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.

<sup>201</sup> STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, 1985, p. 44.-

<sup>202</sup> conf. PIZA ROCAFORT, El rol del Estado moderno..., op. cit, p. 135.-

**proteger uno de los valores fundamentales involucrados en perjuicio indebido del otro.**<sup>203</sup>

Igualmente, las libertades que consagra el artículo 46 constitucional, que debe entenderse en armonía con el numeral 50 constitucional, entre otros, también aquel tiene limitaciones y corresponden esos límites a aquellas normas, pero no solo esas, de carácter imperativo que pueden encontrarse por ejemplo en la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las normas de la ley del Ambiente, las normas de Urbanismo, varios de ellos.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup>MURILLO Mauro, In dubio pro libertad? en Revista de Derecho Constitucional, 1991, #2, pp. 149-155.

<sup>204</sup>El artículo 69 de la Ley 7472 establece los alcances de la misma, con disposiciones inderogables y prevalecientes sobre todo uso mercantil. Véase además el considerando IX del fallo 81 de la Sala Primera Civil, de 15 horas de 20 de mayo de 1992.- Consúltese el dictámen C-025-95 de la Procuraduría General de la República sobre la aplicación de la protección al consumidor.- " 1.- El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria". En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas, cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución, dispone que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". Dicha norma, interpreta (sic) sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, "...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así, una verdadera **"reserva constitucional"** en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público". (véase la sentencia No. 1635-90 de las 17,00 horas del 14 de noviembre de 1990). Esa misma garantía la encontramos desarrollada en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone: "1.-El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes. 2.-Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia". En el fallo transcrito supra, se expresó a ese respecto que "...no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los "decretos" o "decretos reglamentarios" dictados por el Poder Ejecutivo, y los "reglamentos autónomos", dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía". En consecuencia, el artículo 28 constitucional (interpretado en sentido contrario), nos permite concluir que las acciones que dañen la moral o el orden públicos, o que perjudiquen a terceros, sean susceptibles de regulación por parte de la Asamblea Legislativa, y no el Poder Ejecutivo por vía de decreto, pues ello sería transformar la libertad de comercio, en un vano intento de protección a los derechos del individuo, con abierta violación de la Carta Fundamental. Dentro de la jerarquía de las fuentes, solo la ley puede establecer limitaciones a ese derecho fundamental acordado por la Constitución al individuo, pues entenderlo de otra manera sería romper el equilibrio entre autoridad y libertad, propio de todo Estado de Derecho". Sala Constitucional Sentencia No. 1195-91 de las 16:15 horas del 25 de junio de 1991. Véase PIZA ROCAFORT, A propósito..., op. cit., pp.4-14.-

## 2. El contrato.

Se relacionó *in limine* que la libertad contractual permite hacer todo aquello que no esté prohibido. Sin embargo, también se expresó que el numeral 28.2 constitucional establece límites para esa libertad de contratación, por lo que en consecuencia, la libertad contractual no es irrestricta, tiene límites y limitaciones, los primeros marcan la frontera, el techo, normal hasta donde puede llegar el principio, las segundas implican recortes, restricciones, al principio.<sup>205</sup>

Diego Baudrit afirma que los contratos se inscriben en la actividad privada que protege el 28.2 constitucional y eso representa el germen del reconocimiento de la libertad de contratación, que deriva del principio de autonomía de la voluntad<sup>206</sup>, y tiene su más típica expresión en el negocio jurídico, que la declaración de voluntad a la que el Derecho atribuye efectos coincidentes con la misma y a su vez, en el contrato, que es el negocio jurídico bilateral productor de obligaciones<sup>207</sup>.

Dentro del ámbito del contrato, éste se inscribe en la actividad privada que protege el 28.2 constitucional y representa el germen del reconocimiento de la libertad de contratación que deriva del principio de autonomía de la voluntad<sup>208</sup> y este se manifiesta en dos aspectos: el de libertad de contratar y el de libertad de establecer en el contrato las cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente y en el segundo aspecto se hallan las condiciones generales de los contratos, por un lado, son la máxima expresión de la autonomía de la voluntad para la parte contractual que las incluye en el texto del contrato y, por otro, constituye una limitación a dicha autonomía, para la parte que, sin haberlas establecido, tiene que aceptarlas, sin posibilidad de modificarlas o cambiarlas<sup>209</sup>, siempre limitado como se relacionó supra, por lo que en el fondo, la autonomía no significa un poder de autonormación entregado a los particulares, sino que hay siempre un conjunto mixto de "lex privata" y "lex publica"<sup>210</sup>.

<sup>205</sup> O'CALLAGHAN, op. cit. P. 201.-

<sup>206</sup> BAUDRIT CARRILLO, El principio general..., op. cit., pp. 63-64.-

<sup>207</sup> O'CALLAGHAN, op. cit., p. 201.-

<sup>208</sup> véase BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio general de la libertad de contratar, en Revista de Derecho Constitucional, mayo-agosto, 1991, n. 2, pp.55-69

<sup>209</sup> conf. O'CALLAGHAN Xavier, Seguridad Jurídica y Contratación en masa, en Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil, autores varios, 1994, pp. 197-215.-

<sup>210</sup> consúltese GOMEZ LAPLAZA María Carmen, Autonomía de la voluntad: problemática actual, exposición en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, octubre de 1996. Tomado de la red Internet, <http://www.jornadas-civil.org/plaza.html>.-

Así, Baudrit Carrillo<sup>211</sup> reconoce que la autonomía de la voluntad tiene límites internos y externos, uno de esos límites externos es el orden público, rigurosamente considerado, en claro ajuste a la Constitución y normas legales de contenido razonable y proporcionado<sup>212</sup> **se concluye que la libertad contractual está limitada, además, por ese orden público.**

Sin embargo, se reitera, ningún derecho es ilimitado<sup>213</sup>, y en relación a la libertad contractual la misma tampoco es absoluta. Existe un principio general de rango constitucional, según el cual las potestades para modificar unilateralmente<sup>214</sup> los contratos privados, aún consentidas en ellos por las partes, no pueden depender de la voluntad de una de ellas ni de hechos cuyo riesgo le corresponda asumir a una y no a ambas partes por igual<sup>215</sup>, toda vez que el artículo 28 constitucional, al referirse al orden público en relación con las acciones privadas, se pretende lograr un justo equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la comunidad, de tal forma que se busque la pacífica convivencia social.<sup>216</sup>

Aún más, en materia de autonomía negocial, algunas normas de la Constitución pueden incidir sobre su definición y su amplitud, y conceptos tradicionales y típicos, tales como los de buena fe, usos, moral, buenas costumbres o diligencia, la licitud de causa o su ilicitud, la conformidad u oposición a la ley, pueden resultar interpretados -incluso afectados o integrados- a través de los principios o normas constitucionales,<sup>217</sup> y esto refiere a lo llamado como el **Derecho Civil Constitucional**, que Arce Florez-Valdés lo define como sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitución, relativos a la protección de la persona en si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son

<sup>211</sup> BAUDRIT CARRILLO, op. cit., pp 55-69.-

<sup>212</sup> véase el considerando XIII del voto 3495-92 Sala Constitucional.

<sup>213</sup> Los derechos fundamentales, en función de su contenido, pueden cuando menos englobarse en tres grandes categorías: derechos de libertad negativa (o derechos de no ser compelido a...), derechos de libertad positiva (o derechos de ejercer libremente una determinada actividad) y derechos de prestación, debiendo, consecuentemente, adecuarse la noción de límite al contenido de los derechos comprendidos en cada uno de los citados apartados. ZAGREBELSKY, Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional italiano, citado por AGUIAR DE LUQUE, op. cit., p. 10.- Conf. BON, op. cit., p.69.-

<sup>214</sup> El principio de obligatoriedad de los contrarios es consecuencia directa e inmediatamente derivada del más importante principio de autonomía de la voluntad privada y tiene como consecuencia: a) su irrevocabilidad unilateral ( a no ser que, como en el contrato de mandato, la ley así lo permita) parte del voto 4-97 del Tribunal Superior de Heredia de 8:05 horas del 6 de enero de 1997.

<sup>215</sup> véase voto de la Sala Constitucional 5318 - 94

<sup>216</sup> Véase voto de la Sala Constitucional 56 - 90.

<sup>217</sup> Conf. ARCE Y FLOREZ-VALDES Joaquín, El derecho Civil Constitucional, 1991, pp. 76-77.-

susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo.<sup>218</sup>

Así, la concepción moderna del contrato es el convenio por el cual se crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial -no de propiedad, en sentido de derechos adquiridos de naturaleza patrimonial y que el individuo ha adquirido, ex art.45 constitucional- y esa naturaleza patrimonial debe entenderse como conjunto de derechos y obligaciones disponibles de un determinado sujeto y dentro de ese patrimonio hay derechos reales, personales, intelectuales, de la personalidad, éstos cuando se lesionan generan un derecho de reparación y están comprendidos en varios artículos de la Carta Magna, entre ellos el 45,46,47,etc.<sup>219</sup>

Por su lado, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia<sup>220</sup>, relaciona en el considerando XII del voto 44-94, que en los contratos de empresa deben respetar entre otros, el principio la protección del consumidor:

“ XII. ... Pero en éste actúa en función de libertades propias de la empresa y de respeto a los mismos productores y consumidores. Priman entre ellas la libertad de iniciativa privada y la libertad de competencia, sin las cuales la empresa no podría subsistir. Pero igualmente existen otras garantías absolutamente indispensables para la sobrevivencia de las empresas, y de quienes permiten su expansión, dentro del sistema: son ellas la represión a la competencia desleal y el respeto a los derechos del consumidor (incluso, recientemente, dentro de esta última también se incluye el respeto al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para garantizar el consumo de bienes sanos, en fin, la salud y la vida de los consumidores). Los contratos se dividen en contratos constitutivos del ordenamiento de la empresa y contratos al servicio

<sup>218</sup> IBID, pp. 178-179.-

<sup>219</sup>BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio general de la libertad de contratar en Revista de Derecho Constitucional. 1991, #2, pp.55-61.- Véase voto de la Sala Primera Civil de 16 horas del 1 de agosto de 1986. La Corte Plena, Sesión No. 51 de las 13 horas 30 minutos del 26 de agosto de 1982. estableció: 1.- "No hay ninguna norma en la Constitución que expresa o específicamente establezca la llamada "libertad de contrato", pero de la relación de los textos constitucionales citados se deduce ese principio, porque si las acciones privadas "están fuera de la ley", ello significa, sin duda, que todas las personas pueden contratar libremente sobre asuntos de interés privado, mientras se mantengan dentro de lo previsto en el artículo 28. Además, si la propiedad es inviolable, es obvio que por allí están garantizados los medios para disponer y aprovecharse de ella, uno de éstos es el de celebrar los contratos que sean convenientes a los intereses del dueño, según él lo determine; y por último la libertad de comercio, agricultura e industria que protege el artículo 46, no podría existir a no ser con la posibilidad de contratar, también libremente, en todo el ámbito de esas actividades". Véanse además, votos de la Sala Constitucional 781-95 de 16:57 horas de 8 de febrero de 1995, 6692-94 de 15 de noviembre de 1994, 1490-92 de 16:09 horas del 3 de junio de 1992 y 4430-95 de 10 horas del 11 de agosto de 1995.

<sup>220</sup> Resolución # 44 de Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 14:30 horas del 15 de junio de 1994.

de la empresa: los primeros han sido definidos incluso como contratos de la organización (global) de la empresa, o más simplemente "contratos de empresa", mientras los segundos son contratos de ejercicio, o también llamados "para la empresa"..."

### 2.1 Autonomía de la voluntad y contrato, en la economía social de mercado.

Para Bermejo Vera, **economía social de mercado**, no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo, sino que integra un sistema de competencias económicas con el progreso social y tiene consecuencias concretas para los poderes públicos. Supone que obligatoriamente deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución, y señala que la Constitución Económica se articula sobre dos ejes, por un lado, los principios que configuran un sistema de mercado, en principio capitalista, al estar apoyado como pilares básicos en la propiedad privada de los medios de producción, impulsado por la iniciativa privada y coordinado por el mercado y deberá además, estar orientado socialmente, por ello, todos los derechos y libertades de carácter económico están subordinados a esa función social, siendo obligación de los poderes públicos llenar adecuada y convenientemente todas las lagunas sociales que el sector privado, por la propia inercia de su limitado interés, deja de cubrir. Por tanto, en un sistema de economía social de mercado la iniciativa pública debe participar activamente en la ordenación y dirección del proceso económico para asegurar la plena satisfacción de las prestaciones sociales consagradas en la normativa constitucional, sin que al mismo tiempo, se prive de sentido a la iniciativa económica privada sin justificación suficiente.<sup>221</sup>

Como se dijo, y siguiendo la tesis de la función social en el mercado de los derechos y libertades, Lacruz Berdejo indica que el poder de contratar, como cualquier derecho, ha sido concedido al individuo para su vida en sociedad, y tiene en el bien de los otros unos límites insalvables. Mientras la ley no interviene, el contrato tiene el contenido que le dan las partes o que una impone a la otra, pues a ello obliga la seguridad jurídica, que no toleraría en una economía de mercado, y por tanto de cambio, pérdida y ganancia, que las correspondientes expectativas dependieran de un juicio a posteriori de la conveniencia social de la operación y concluye que la autonomía de la voluntad de los contratantes, así, sigue siendo una regla general, no la única, pudiendo determinar el contenido del contrato siempre que una norma

---

<sup>221</sup> BERMEJO VERA, op. cit., p. 710.-



no lo prohíba o no imponga uno determinado, más modalizada por una multitud de preceptos imperativos y, como telón de fondo de ellos, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones.<sup>222</sup>

Puede decirse entonces que existe una **función social del contrato**, y para Díez-Picazo, la igualdad formal propia del esquema clásico de contratación, no pudo impedir la desigualdad real, y ante la falta de paridad económico-social fue necesaria la asunción por el Estado del control del equilibrio del sinalagma, para proteger así a la parte más débil de la relación jurídica y velar por la mayor dignidad de la persona, aparece el intervencionismo estatal en la relación jurídico-privada. El contrato pasó a ser una institución social y la sociedad representada por el Estado asumió el control de los contratos en masa, por medio de leyes que fijaron condiciones, siendo así la intensificación de la función social del contrato, la que generó en el Estado la necesidad de proteger la parte más débil de la relación<sup>223</sup>.

La protección hacia el contratante débil, donde la autonomía de la voluntad de éste se ve totalmente reducida, es la representación de la corriente legislativa como consecuencia de la globalización económica y los instrumentos suscritos<sup>224</sup>, por ser estos imprevisibles, incontrolables, desarrollados vertiginosamente, por lo que, de acuerdo con el numeral 46 constitucional y la ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en regulación del ser y su existencia, opera como auto control de la economía en lo que interesa, en la contratación adhesiva.

Mosset Iturraspe afirma que observadores sagaces, se apresuran a señalar que la “privatización” y “desregulación” ha de conducir a la creación de un Derecho Privado como “Derecho económico empresario”. Ello significa que el “Estado de Derecho” cederá su lugar

---

<sup>222</sup> LACRUZ BERDEJO José Luis, Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato, 1987, T. II. pp. 27-28.-

<sup>223</sup> DIEZ-PICAZO Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, 1979, p. 93 citado por VIGURI PEREA, en nota 34, op. cit., p. 17.- JOSSERAND indica que: "El principio de la autonomía de la voluntad domina incontestablemente todo nuestro derecho y le imprime un sentido esencialmente liberal. Este principio no puede ser seguido al pie de la letra; el legislador no puede abdicar en provecho de fantasías individuales; aquí, como en todas partes, la libertad de los particulares debe ser compatible con el interés colectivo". JOSSERAND Luis, citado por BAUDRIT, Diego, "Eficacia y Validez...", página 18. citado por JIMENEZ LIBBY, op. cit. p. Lo anterior por cuanto el enfoque moderno del contrato no puede limitarse a entenderlo como un acuerdo de voluntades sin interés para el resto de la sociedad. Es evidente que poco a poco el intervencionismo estatal determina la existencia de normas reguladoras de la estructura y formación del contrato. La naturaleza misma de las relaciones contractuales requiere que algunas de estas normas revistan categoría de leyes de orden público, deviniendo en inderogables para la voluntad de los contratantes.- IBID.

<sup>224</sup> Véanse Expedientes legislativos 11368, Proyecto de ley de Antimonopolios y prácticas Desleales de Comercio; 11659 proyecto de ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y 12080 Código de Defensa del Consumidor.

al “Derecho de los empresarios”, la parte fuerte en el mercado, que la regulación jurídica, que apunta a la justicia y a la equidad, se dejará de lado, reemplazada por “criterios económicos”, de los cuales es buen modelo la denominada “interpretación económica del Derecho”.<sup>225</sup>

Asimismo, Mosset Iturraspe afirma que el proceso, que se vuelve de “racionalidad económica”, muestra algunas características:

- a) la “eficiencia” es el factor predominante y decisivo,
- b) los usos empresarios adquieren fuerza normativa,
- c) el Derecho Civil se comercializa, al conjuro de la masificación y el consumismo,
- d) la “globalización” aparece de la mano de la empresa multinacional, y

como consecuencias de la privatización y desregulación en el tema de la contratación,

- a) el contrato es un instrumento económico,
- b) que apunta al intercambio de bienes y servicios,
- c) a la satisfacción de las necesidades,

pero el modelo contractual de la economía de mercado, parte de la base de que los contratantes han advertido todos los riesgos posibles e imaginables, que ha cedido y repartido racionalmente y que han concluido el contrato con pleno conocimiento de los mismos. De ahí que, al menos como regla, toda revisión o toda prevención, con base en tales riesgos, debe ser rechazada. La existencia de riesgos no asumidos -al margen de cláusula expresa- no tiene explicación desde la racionalidad económica.<sup>226</sup>

Puede afirmarse, que la desregulación del mercado, no significa librar el ámbito de los negocios a la normativa predisuelta por uno de los actores en ausencia total del otro, asimismo, el derecho del consumidor va de la mano, inseparablemente, de un “derecho empresario” y ambos traducen la “interpretación económica del Derecho” y, a la vez, la

---

<sup>225</sup> LORENZETTI Ricardo, El espíritu del Derecho Civil moderno: La tensión entre personas, economía y dogmatización, citado por MOSSET ITURRASPE Jorge, Como contratar en una economía de mercado, 1996, p. 85.-

<sup>226</sup> IBID, pp. 85-102.-

“interpretación jurídica del Mercado”, pero debe entenderse, que el derecho del consumidor apunta a “limpiar el mercado” a superar muchas de sus impurezas o de sus vicios.<sup>227</sup>

La circulación cada día más rápida de las riquezas y de los bienes y por la creciente complejidad y especialización de los procesos de producción, la sociedad se vale de contratos distintos y coligados para realizar actividades económicas unitarias<sup>228</sup>, conllevan necesariamente como se relacionó, a la protección del contratante débil para evitar ese desequilibrio en la contratación.

En el fondo, se tutela en la economía social de mercado, tanto al competidor como al consumidor, a éste se le asigna un grupo normativo de contenido inderogable que debe respetarse en todo momento. Sin embargo, la autonomía privada puede decirse, en las modernas contrataciones mercantiles, se ha revitalizado, pero los límites contractuales no pueden obviarse.

## **2.2 El contrato de adhesión.**

El contrato de adhesión surge como manifestación de la evolución económica y la contratación en masa, que representa la uniformidad de contratación de las organizaciones, cuyas cláusulas prerredactadas solo cabe a la persona interesada en contratar su aceptación o renunciar a ello<sup>229</sup>, se halla indisolublemente ligado con la sociedad de consumo que se relaciona a su vez, con las grandes empresas y la producción en serie de bienes y servicios. El tráfico en masa se ve estimulado por la ampliación del número de consumidores y éstos por la publicidad, la cual, desenvuelta por los medios de comunicación social es concebida por el empresario mediante mensajes, predominantemente, de dudosa veracidad.<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> MOSSET ITURRASPE, Introducción..., op. cit., pp.15-27.-

<sup>228</sup>FERRANDO G., Crédito al Consumo, operazione economica unitaria e pluralità di contratti, citado por LOPEZ FRIAS Ana, Los Contratos Conexos, 1994, p. 25.-

<sup>229</sup>LACRUZ, op. cit. tomo II volumen II, p.32.- En igual sentido el contrato de adhesión regulado en la Ley de Protección al Consumidor Venezolana.- Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas no son fruto de la libre contratación entre las partes, sino que obedecen a la imposición de un contenido forzoso para el adherente por parte del predisponente debido al hecho de que éste goza de una posición monopolística, sea de hecho o de derecho, en el mercado. GARCIA AMIGO M., Condiciones Generales de los Contratos, 1969, p.95.

<sup>230</sup> VIGURI PEREA, op. cit., p. 20.-

El predisponente suele ser, por lo general, una gran empresa de bienes o servicios, que adopta el mismo modelo de contrato para utilizarlo en todos los que del mismo tipo celebre con sus clientes; de ahí que también se les denomine contratos tipo o contratos formulario<sup>231</sup>, sin embargo, suele decirse que un **contrato de adhesión es un contrato con condiciones generales**<sup>232</sup>, cuya aceptación es una adhesión, (haciendo honor a su nombre).<sup>233</sup>

El sistema de cláusulas requerirá la forma escrita en idioma español y firma de las partes, prevalecen por ello para efectos del idioma, las normas 76 constitucional<sup>234</sup>, aquellas correspondientes a Tratados y Convenios Internacionales aprobados por nuestro país y la 39 de la ley 7472, siendo por ello, imperativas sobre la norma 411 del Código de Comercio<sup>235</sup>, toda vez que la aplicación de este artículo en contrataciones al consumo y el equilibrio de las prestaciones y buena fe, debe ceder ante los límites imperativos del ordenamiento.

Señala la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472, que el contrato de adhesión es el convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra contratante.<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup>"La utilización de contratos tipo y la ausencia de negociación son, sin duda, las consecuencias inevitables de la centralización de poderes de decisión en la producción y la distribución de las relaciones contractuales de masa." LACRUZ BERDEJO, op. cit., p. 32.-

<sup>232</sup>GOMEZ CALLE Esther, voz "Contrato de Adhesión" en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, 1995, pp. 1568-1569. Véase PEREZ VARGAS Víctor, La interpretación de los Contratos en la Jurisprudencia nacional y en la Doctrina, en Revista Judicial, Año 1, número 4, pp.58-77.- Las condiciones generales de la contratación hacen referencia a la predisposición o preformulación del contenido contractual, el contrato de adhesión puede decirse que se caracteriza por el hecho de que su contenido se impone por una de las partes a la otra. VIGURI PEREA, op. cit., pp14-15.-

<sup>233</sup> VIGURI PEREA, op. cit., p. 12.-

<sup>234</sup> El español es el idioma oficial de la nación, Artículo 76 de la Constitución Política, véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 4229 de 1966, en el mismo sentido, el art. 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobado por ley 3844 de 5 de enero de 1967.- Sin embargo, el considerando III del voto 4848-96 de la Sala Constitucional relaciona: "III.- La Constitución Política, en su artículo 76 establece que el idioma español es la lengua oficial de la Nación, sin embargo, tal disposición es una simple declaración. No cabe duda que la prohibición de usar lenguas modernas distintas al español en materia de marcas comerciales, establecida en el artículo 1 de la Ley de Defensa del Idioma Español, constituye una limitación a la libertad de empresa, pues ésta implica el derecho de identificar el producto de la forma que, a juicio del empresario, contribuya a lograr las mayores ganancias en la actividad que se ejerce, por supuesto, con el límite genérico que impone el artículo 28 constitucional..."

<sup>235</sup>Ver artículo 411 del Código de Comercio costarricense, reformado por ley 7600 de Igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, publicado en la Gaceta 120 del 29 de mayo de 1996.-

<sup>236</sup>Véase art. 2 de la ley 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

En la doctrina predominante en España, son notas diferenciadoras de los contratos de adhesión, que establecen los límites fronterizos con otras modalidades contractuales, las siguientes:

1. El llamado “principio de unidad e invariabilidad del contenido contractual”, es decir, la redacción previa del contrato por una sola de las partes,
2. El de “complejidad y tecnicismo”, por cuanto el contrato reúne o consta de una serie de cláusulas que ofrecen cierta complejidad técnica que impide a veces al usuario consumidor conocerlas y, aún conocidas, comprenderlas en todo su verdadero alcance y sentido,
3. El principio de la “generalidad y permanencia de la oferta”, ya que el destinatario de la misma no es un individuo determinado, como ocurre en la contratación clásica individual, sino la generalidad de los consumidores,
4. El de la “superioridad o preponderancia” económica de la empresa monopolizadora de los bienes y servicios.
5. Por último, puede ser considerada como otra nota específica señalada por autores, la situación de “estado de necesidad” en que la parte sometida (usuario o consumidor) se encuentra casi siempre frente a la situación de monopolio que de hecho gozan las empresas en la elaboración o prestación de los bienes o servicios que de modo genérico o abstracto presenta al público consumidor.<sup>237</sup>

El contrato atípico de tarjeta de crédito nace como consecuencia de la división del trabajo<sup>238</sup> (al igual que otros como franchising, leasing, factoring, etc.), y como consecuencia de esa libertad de contratar y de acuerdo con la celeridad de las transacciones mercantiles, las partes convienen en estipulaciones rígidas, predeterminadas y contenidas en un contrato tipo

---

<sup>237</sup> conf. VIGURI PEREA, op. cit., p. 10.-

<sup>238</sup>El origen histórico del concepto de sociedad de masas está vinculado a la rápida industrialización del capitalismo europeo occidental durante la última mitad del siglo diecinueve, que creó las condiciones necesarias, sociales, políticas e ideológicas para que emergiera la sociedad de clases moderna, con base ya no en la noción de "pueblo" sino de la masa. El desarrollo de la división capitalista del trabajo, la organización a gran escala de las fábricas y la producción de comodidad, las poblaciones urbanas densamente concentradas, el crecimiento de las ciudades, la centralización de la toma de decisiones, el sistema de completo y universal de comunicaciones, y el crecimiento de movimiento políticos de masas basados en la extensión de los derechos de la clase obrera son características ideales de la sociedad de masas. Las consecuencias de la sociedad de masas son variadas, profundas y, seguramente, permanentes. Los contratos han dejado de ser ese acuerdo vinculante de voluntades libres, no por causa de ser contratos en los que aparece una parte o contratante específica, la empresa, sino porque son la expresión negocial de la era de masas. WEISNER Luis Roberto, Sociedad de Masas, Derecho Privado y Contratación Estandar en REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1986, p. 7-17.-

constante en un formulario previamente impreso, -las organizaciones (en este caso, los empresarios) serán en todo caso superiores al individuo, tanto en comunicación, racionalidad, capacidad innovadora, especialización, relaciones estratégicas, reducción a términos jurídico-económicos, impersonales, no hay elemento psicológico que afecte a la estructura organizacional, no hay represión para la organización, etc.,- que los ordenamientos modernos en protección del débil, han elaborado sistemas de control<sup>239</sup> de las condiciones generales<sup>240</sup> de esos contratos.

Messineo explica que el contrato por adhesión existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes; una dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra.<sup>241</sup>

Diego Baudrit identifica al contrato de adhesión cuyo contenido es obra de una de las partes, donde se una de ellas se pliega totalmente a un contenido contractual previamente establecido sin su participación. Estos contratos están constituidos por formularios idénticos, preparados para contrataciones masivas, que el adherente suscribe.<sup>242</sup>

Ahora bien, Stiglitz señala que los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas reflejan uno de los supuestos más claros en que no es posible contratar como uno quiera: la voluntad no es libre, ya que a fin de consolidar una posición negocial dominante, el empresario genera al consumidor una situación de sujeción consistente en la

---

<sup>239</sup>Por ejemplo, art. 42 de la Constitución argentina y las leyes 22262 Defensa de la Competencia, 24240 Defensa del Consumidor y del Usuario, art. 51 de la Constitución española, ley 26 de 1984 Ley General para la defensa de los Consumidores y los Usuarios, en Costa Rica ley 7472 Ley de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts. ... y 1023 del Código Civil. La Truth in Lending Act, la Consumer Credit Protection Act, ambas de Estados Unidos de América, la AGB Gesetz alemana, que es la que en doctrina impera, la Fair Trading Act inglesa, etc.

<sup>240</sup>La contratación en serie o en masa que realizan los empresarios mercantiles, les impide discutir con cada uno de sus clientes las condiciones y cláusulas de cada contrato, cuyo contenido, además, suele ser idéntico para todos ellos. Razón

por la que los empresarios redactan unilateralmente las condiciones generales para sus contratos, en cuya estipulación sus clientes se limitan a aceptar tales condiciones, manifestando su adhesión. Aparecen así las llamadas condiciones generales del contrato. El legislador alemán mediante ley de 9 de diciembre de 1976 reguló las condiciones generales por medio de una ley especial. BROSETA PONT, op. cit., pp.70-71.- A veces la predisposición de las condiciones generales del contrato están directamente consideradas como una exigencia para el ejercicio de la actividad determinada, sin que tales condiciones generales deban ser aprobadas por la autoridad gubernativa. FERRI Giuseppe, Manuale di Diritto Commerciale, 1984, p. 639.- La contratación en masa es característica fundamental de nuestro tiempo, al punto de ser un instrumento inseparable de la actividad empresarial para extender el crédito y el consumo. RIVERO ALEMAN, op. cit. p. 208.-

<sup>241</sup>MESSINEO citado por FARINA, op. cit., p. 310.-

<sup>242</sup>BAUDRIT CARRILLO Diego, Teoría General del Contrato, 1990, p. 41 y s.

necesidad de adherirse o no al acto, pero sin posibilidad de participar en la conformación de su contenido.<sup>243</sup>

Por último, contrato de adhesión se llama a aquel que se propone a la aceptación de una gran masa de público, fijando el proponente las condiciones mediante una fórmula que impone a los posibles aceptantes, de modo que a éstos no les queda sino aceptar o rechazar el modelo que se les ofrece, y a veces ni eso.<sup>244</sup>

En toda contratación existe una relación de organizaciones- individuos, organizaciones-organizaciones e individuos-individuos, siendo preciso determinar si el contrato es de naturaleza mercantil o civil, típico o atípico y se identifica, pero no como sinónimo, a la organización con el empresario.

Este será

## **Sección B**

### **1. Condiciones generales de la contratación**

#### 1.1 Marco de Derecho comparado.-

Esas condiciones generales<sup>245</sup> son cláusulas formuladas con la finalidad de ser aplicadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes y cuya incorporación

---

<sup>243</sup>STIGLITZ Gabriel, Protección Jurídica... , op. cit., pp.84-85.

<sup>244</sup>LACRUZ BERDEJO José Luis, Derecho de Obligaciones, T. II volumen II, 1987, p. 32.

<sup>245</sup>El fenómeno de las condiciones generales está ligado a la masificación de las relaciones contractuales y es el instrumento mediante el cual el empresario disciplina en modo uniforme las relaciones de erogación de bienes y servicios a la clientela. CAPPELLA MOLINA Gino, Observaciones generales en tema de los contratos de adhesión. Apuntes sobre las nuevas disciplinas, en Revista IVSTITIA, año 10, #116-117, p. 13.- Esas condiciones generales de contratación una hipótesis de limitación a la libertad de contratación y un área de circulación de los bienes y servicios producidos en serie, queda clausurada una instancia típica que corresponde al molde contractual superado, el de las negociaciones previas del acuerdo, oportunidad en que las partes "pesan y discuten y establecen en el momento del trato las cláusulas y las condiciones, y a esta tarea cooperan ambos igual y libremente. STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel, Contratos por adhesión, Cláusulas Abusivas y

al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes (predisponente), y de acuerdo con ello, se está en presencia de una condición general cuando se trate de cláusulas contractuales, predispuestas e impuestas, es decir, todo se imputa al predisponente, dejando de lado, acuerdos individuales y contratos concretos.<sup>246</sup>

El nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo, y la utilización representa la racionalización de la técnica contractual, como manifestación concreta del proceso racionalizador de la total actividad de una empresa, siendo el campo de aplicación de esas condiciones en contratos en masa, y que la prerredacción elimina los tratos precontractuales, simplificando al máximo el procedimiento de formación y conclusión de los contratos, lo que tiene por consecuencia una gran rapidez en la celebración de los negocios, permitiendo además a la empresa uniformar el contenido jurídico de sus relaciones negociales, facilitando la contratación en lugares diversos y alejados, esto tiene como consecuencia mayores facilidades para el comercio y la producción en general y para la actuación de la jurisprudencia, ya que los supuestos a juzgar y la norma contractual aplicable siempre es idéntica, además de que colaboran con la unificación del Derecho comparado y modernización del ordenamiento positivo.<sup>247</sup>

---

protección al consumidor, 1985, pp.43-48. Las condiciones generales de los contratos las constituyen las estipulaciones incorporadas a los negocios, sin abstracción ni extensión más allá de cada documento, cuyo contenido uniforme ha sido redactado o predispuesto por los empresarios, de manera aislada o en grupos, "para que rija en los futuros contratos que realice". RIVERO ALEMAN, *op.cit.*, p. 208.- El artículo 10 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española establece en lo conducente: "Art. 10. 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos lo que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción...b) entrega, ... c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye:... 3.º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios. ... 2. A los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunta de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio que se trate. Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas..." CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL español, *op. cit.* pp. 607-610. Véase además el párrafo primero del artículo 36, artículos 37 a 39, todos de la Ley 24240 Defensa del Consumidor argentina. Véase MONINA Maurizio, *Le Condizioni Generali di Contratto*, en *I Contratti in Generale*, diretto da ALPA Guido e BESSONE Mario, contenido en *Giurisprudenza Sistematica Di Diritto Civile e Commerciale*, *op. cit.*, T. III., *op. cit.*, pp.211-279, sobre "Contrattazione Standardizzata".

<sup>246</sup> ALFARO AGUILA-REAL Jesús, voz "Condiciones Generales de la Contratación" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, pp.1379-1383.-

<sup>247</sup> GARCIA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, 1969, pp.17-30.-



Esa evolución económica condujo a varios fenómenos, la gran empresa y el mundo de los consumidores que aspiran adquirir los bienes y servicios para el consumo que proporcionan las empresas.<sup>248</sup>

Sin embargo, en los modelos de contratación se dan dos aspectos, el primero cuando todas las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento que en éstos dan su conformidad (es la letra chica de los contratos de seguros, de suministro de electricidad). El segundo se da cuando las condiciones generales han quedado fuera del contrato y el contratante parece adherirse a ella. Por condiciones generales del contrato debe entenderse el conjunto de reglas establecidas por una empresa o grupo de empresas, unilaterales, sin discusión por impedirlo la contratación masiva y las exigencias de uniformidad que derivan de la planificación empresarial y su evidente imposición, pero esas condiciones generales como contenido contractual constituyen una regulación de la relación jurídica que debe respetar las leyes de carácter imperativo por la que se rija ni puede alegarse que su eficacia es producto de la autonomía de la voluntad de los contratantes para desplazar las normas de carácter dispositivo de la relación.<sup>249</sup>

La corriente de protección al débil, al adherente, quien se halla en un estado del cual no puede sustraerse de la predisposición de las cláusulas por necesitar el bien o el servicio, ha surgido con mucha fuerza y con manifestaciones de forma relevante desde hace ya muchas décadas, desde la aparición del contrato de adhesión y las condiciones generales, como consecuencia de la evolución económica, y por la falta de "información" garantizado éste como un derecho del consumidor.

Esas manifestaciones incluyen por ejemplo, el Código Civil italiano -arts. 1337 a 1341 y 1370, inspirados en la buena fe contractual expuesta por Jhering<sup>250</sup>, el discurso del Presidente Kennedy por el cual enunció los derechos básicos del consumidor norteamericano, las decisiones de la Organización de las Naciones Unidas, la Comunidad

---

<sup>248</sup>STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., p. 45.-

<sup>249</sup>DIEZ-PICAZO Luis y GULLON Antonio, Sistema de Derecho Civil, 1981, Vol. 2., pp. 115-127. Las condiciones generales del contrato por si mismas poseen una naturaleza estrictamente contractual, que su inclusión en el negocio y su vinculatoriedad y eficacia se deben exclusivamente a la voluntad declarada por las partes, o sea, a su aceptación por ellas. Las condiciones generales de la contratación, por su carácter general; por su obligatoriedad para los empresarios que deben incluirlas en sus contratos o remitir su regulación a lo en ellos contenido; y finalmente, por el gran número de personas a las que se aplican, de facto estas condiciones generales funcionan como si fueran verdaderos usos de comercio. Pero de Iure no lo son. Se trata de normas contractuales cuya vinculatoriedad para los clientes procede exclusivamente de que expresa o tácitamente las hayan aceptado. El legislador alemán ya ha regulado las condiciones generales y los españoles con varias leyes ya han iniciado la regulación. BROSETA PONT, op. cit., p. 71.-

<sup>250</sup>MUSY A.M., Disclosure of information in the pre-contractual bargaining, tomado de la RED INTERNET, (<http://www.gelso.unitn.it/card-adm/review/contract/musy-1995/musy1.htm>)

Económica Europea, el ombudsman nórdico<sup>251</sup>, y en general aquellas legislaciones extranjeras que han constitucionalizado derechos del consumidor, como España y Argentina, o bien otras que regulan las condiciones generales de la contratación<sup>252</sup> como Alemania<sup>253</sup>, Italia e Israel, Suecia con su ley de cláusulas abusivas, Finlandia y Austria<sup>254</sup> y otras regulaciones de protección a los derechos de consumidores contra las condiciones, como la Guía Europea de los Consumidores, las directivas europeas 87/102/CEE y 93/13/CEE<sup>255</sup>, las regulaciones de Estados Unidos de América, Inglaterra, Australia, y en general todas aquellas que se ocupan de la regulación como la ley #7472 costarricense, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Todo conduce a la defensa del consumidor frente a la negociación seriada o en masa y que, no obstante la Comunidad Económica Europea y el Consejo de Europa han dictado sendas normativas relacionadas con la materia, lo cierto es que se sigue el modelo alemán.<sup>256</sup>

### 1.1. Control en la formulación de las condiciones generales.

Polo establece que el control en la formulación de las condiciones generales debe ejercerse sobre las mismas para asegurar la protección jurídica del consumidor o usuario en el contrato y sus legítimos intereses económicos: el control preventivo o previo, ya sea voluntario o administrativo, sobre el establecimiento o formulación de las condiciones generales; el control legislativo de su contenido, que versa sobre la licitud intrínseca y eficacia o fuerza obligatoria de sus cláusulas; y el control, ya sea judicial o extrajudicial, que vigile a posteriori su cumplimiento y ejecución.<sup>257</sup>

La ley constituye un control preventivo al tratar de evitar la inclusión en las condiciones generales de aquellas cláusulas abusivas que las empresas pueden establecer al amparo de su

---

<sup>251</sup>VEGA ROBERT Rolando, Ombudsman El Defensor de los Habitantes, 1993, p. 30.

<sup>252</sup>Como medida de defensa ante esa situación, se han articulado los ordenamientos modernos distintos sistemas de control de las condiciones generales. URÍA, op. cit., p. 561.-

<sup>253</sup>conf. BROSETA PONT, op. cit., p. 71.-

<sup>254</sup>Ley austriaca de protección a los consumidores, de 8 de marzo de 1979, que modifica su legislación civil y procesal "Konsumentenschutzgesetz", RIVERO ALEMÁN, op. cit., p. 227.-

<sup>255</sup>Ámbito objetivo: la cláusula contractual que no haya sido objeto de negociación por separado. Ámbito subjetivo: Se circunscribe a las relaciones contractuales entre profesionales (empresarios) y consumidores. Las cláusulas negociadas quedan fuera del ámbito de aplicación, quedando la carga de la prueba a cargo del empresario. RUIZ MUÑOZ Miguel, Derecho Comunitario de Condiciones Generales de los Contratos y su aplicación registral, en Estudios de Derecho Europeo Privado, 1994, pp. 505-534.-

<sup>256</sup>STIGLITZ, Protección Jurídica del Consumidor, op. cit., pp. 25-29.-

<sup>257</sup>POLO, op. cit., p. 42.

posición de supremacía<sup>258</sup>, sin embargo, existe el control preventivo en la formulación de las condiciones generales, siendo el autocontrol, que como método surge de la renuncia voluntaria de las empresas a imponer unilateralmente sus propias condiciones o sus organizaciones de códigos voluntarios de conducta que de una manera indirecta o por vía de principios inciden en la formulación de las condiciones generales. Es poco frecuente que las asociaciones u organizaciones de consumidores intervengan en la negociación voluntaria de las condiciones generales, como si sucede en convenios colectivos de trabajo.<sup>259</sup>

Otro sistema, el mixto, se apoya entre los métodos de control voluntario y los administrativos que se dirán, como solución a la problemática de la condición general abusiva. En ese sentido, se someten las condiciones a control de un Consejo, pero no ha tenido mucha eficacia. En Suecia, por ejemplo, el Ombudsman de los consumidores además asume función de vigilancia del cumplimiento de la ley en lo que afecta a las cláusulas ilícitas o abusivas en los contratos.<sup>260</sup>

El control administrativo, es un régimen de autorización previa de las condiciones generales por el oportuno organismo administrativo. Por ejemplo, se requieren en Alemania e Italia aprobaciones para contratos bancarios, etc.<sup>261</sup>

### 5.1.2. Control legislativo sobre la validez y eficacia de las cláusulas contractuales.

---

<sup>258</sup>POLO, op. cit., pp.52-53.- "Contrato sobre variación del tipo de interés. Nulidad del tipo de referencia. Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Audiencia Provincial de Madrid, sentencia del 28 de febrero de 1995... B) Tampoco se puede cuestionar el carácter abusivo de la cláusula segunda del contrato, por cuanto la emisión efectuada por la primera sociedad a la segunda para la determinación del interés aplicable no conlleva la objetividad propia de la intervención de un tercero que persiguen las Circulares del Banco de España número ... y aún cuando tales circulares no resultan aplicables, por ser posteriores a la fecha en que se otorgó el contrato suscrito por las partes ahora litigantes, -el 11 de octubre de 1988-, no hacen sino reflejar un principio que también inspiraba el art. 1256 del Código Civil, así como la Ley 26/1984, de 19 de julio (General para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Consiguientemente, aún cuando la Circular del banco de España vigente ... no contemplase expresamente disposición semejante a la norma primera, párrafo 4º, de la Circular 15-1988 ... no por ello dejan de merecer la condición de abusivas aquellas cláusulas como la segunda del contrato antedicho, en virtud de la cual ni se recogía con claridad un tipo de interés preferencial aplicable a partir de la primera anualidad ni se fijaban unas bases para la determinación del mismo ajenas a los intereses del mismo grupo al que pertenece la sociedad demandada, de forma que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 apartado c), 3º y 4º, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dicha cláusula merece ser declarada nula al romper el equilibrio de prestaciones en perjuicio del consumidor..."ACTUALIDAD MADRID, Revista Técnico-Jurídica de la Comunidad de Madrid, quincena del 15 al 31 de mayo, 1995, pp.34-36.-

<sup>259</sup>POLO, op. cit., pp. 42-45.-

<sup>260</sup>POLO, op. cit., pp. 46-48.

<sup>261</sup>POLO, op. cit., pp. 48-52.

El consumidor es destinatario y agente del mercado en tanto receptor de la oferta de bienes y servicios y demandante de los mismos, razón que justifica la presencia del legislador estatal en orden al cumplimiento de los principios constitucionales, en garantía de la igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado y de la protección de la libre circulación de personas y bienes, por ello son tres los sistemas para el control de la justicia conmutativa y abusos que pueden cometerse en el clausulado contractual sujeto a condiciones generales: legislativo, administrativo y judicial. El control legislativo opera a través de normas generales y especiales; y entre éstas, de leyes de condiciones generales o de leyes de defensa de los consumidores, todo ello delimitando el perímetro que la legislación civil confiere a la autonomía privada, preterida por los principios de orden público, en su versión económica; moral y buenas costumbres y buena fe contractual.<sup>262</sup>

Lo que se pretende frente a las condiciones generales es reforzar el derecho imperativo, para limitar el poder de determinación de las partes -y correlativamente de la empresa- en cuanto al contenido del negocio, bien mediante la supresión de normas de derecho dispositivo o su conversión en imperativas<sup>263</sup>, la prohibición de determinadas cláusulas lesivas para el consumidor o usuario, la determinación completa y precisa del contenido del contrato y las obligaciones de las partes, bien colmando las lagunas que se advierten en íntegros sectores de la contratación.<sup>264</sup> (suplido el subrayado)

La AGB-Gesetz alemana, determina el concepto de las condiciones generales, como aquellas condiciones del contrato previamente formuladas por predisponente con el objeto de aplicarlas a una serie indeterminada de contratos, y que se propone a la otra. Este concepto del legislador alemán es el aceptado en doctrina.<sup>265</sup>

La ley alemana, utiliza un sistema de cláusula general<sup>266</sup> prohibitiva y dos series de cláusulas prohibidas como complemento a las enumeraciones de condiciones ineficaces con

---

<sup>262</sup>RIVERO ALEMAN, op. cit., p. 223.-

<sup>263</sup>En este sentido, la AGB Gesetz dota de imperatividad ciertas condiciones a las normas dispositivas contenidas en la BGB y en el HGB, que no podrán ser derogadas por la autonomía de la voluntad en las condiciones generales, alterando así el orden jerárquico de las fuentes. GARCIA AMIGO, Ley alemana occidental sobre condiciones generales, citado por POLO, op. cit., p.54. Conf. STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., p. 198.

<sup>264</sup>POLO, op. cit., pp. 54-57.

<sup>265</sup>STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., p. 198.- Conf. POLO, op. cit., p. 57.-

<sup>266</sup>Una corriente de pensamiento alemana, integrada por HAGEN, BRUCK Y HEDEMANN (el padre del derecho económico), ve las cláusulas generales no como parte de un contrato sino como derecho objetivo, como ley o costumbre imperativos. Así, las cláusulas generales formarían parte de la ley civil o comercial sin que fuera necesario hacer referencia a ellas de manera específica, una posición intermedia es la adoptada por NUSSBAUM (otro creador de la categoría de Derecho económico), REISSER Y JOAQUIN GARRIGUES, quienes consideran que sin ser derecho objetivo, las cláusulas generales se aproximan a la ley, con casi equiparables a la ley. Para RODRIGO URÍA, son derecho objetivo si las dicta el poder público o lo delega, o si son aplicación de un contrato colectivo. De lo contrario pertenecen al derecho privado, son cláusulas puramente contractuales. Esta posición ecléctica no aporta muchas luces y finalmente que la posición contractualista de DELFINO, donde la cláusula general, por impuesta que sea, es parte de contratos. WIESNER, op. cit., p. 27.-

apreciación judicial y sin ella, que tiene la ventaja de elevarse a principio general y que por ser abierta, es posible utilizarla en una multiplicidad de casos, la AGB-Gesetz alemana, dispone el § 9:

§ 9:

I) Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican la adherente indebidamente, en oposición al principio de buena fe (Treu und glauben)

II) en la duda se presume la existencia de perjuicio indebido cuando la cláusula

1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta, o,

2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del misma.

Ahora bien, si la cláusula no cae dentro de la casuística que suministran los §10 y 11<sup>267</sup>, queda capturada por la cláusula abierta cuando contraría el principio de buena fe o bien, la ineficacia a que se refiere el §9 es operativa para las condiciones generales que transgreden la norma abierta.<sup>268</sup>

Por su parte, el artículo 10 de la ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, contempla diversos aspectos en atención a las fases en que pueda encontrarse la relación contractual, donde su numeral 10 asume el papel de control legislativo del uso general de las condiciones generales contractuales redactadas previa y unilateralmente por empresarios o grupos de ellos para ser utilizadas en todos los contratos que celebren con los consumidores, sin que éstos puedan evitarlos.

Así, el numeral 10 de LGDCU española, que también regula las fases de perfección y ejecución contractual, dispone en lo conducente lo siguiente:

"Art. 10: Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las administraciones públicas y las entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguiente requisitos:<sup>269</sup>

<sup>267</sup> Bestimmungen in allgemeinen geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den geboten von treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Tomado de la Red Internet, (<http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/knowledge/germalaws/p9.html>)<sup>267</sup>

<sup>267</sup> paragraph 10. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit.- Paragraph 11. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit.- (<http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/knowledge/germalaws/abgb/p10.html>) (<http://sunsite.informatik.rwth-aachen.de/knowledge/germalaws/abgb/p11.html>)

<sup>268</sup> STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., p. 200.-

"**Tercero:** Aunque no existen en nuestro ordenamiento jurídico por ahora normas que disciplinen específicamente las relaciones creadas a propósito de la utilización de estos modernos medios electrónicos de pago o de crédito, es preciso acudir a las reglas o pactos contenidos en los convenios celebrados entre las partes

... c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye:

... 3º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4º Condiciones abusivas de crédito.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las radactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate..."<sup>270</sup>

---

y a las normas generales de las obligaciones y contratos contenidas en el Código de Comercio, dada la naturaleza típicamente mercantil de dichas relaciones, y en su defecto en el Código Civil. No obstante, en la interpretación y aplicación de las cláusulas o condiciones pactadas entre las partes, será preciso tener en cuenta los principios y requisitos que se establecen en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, entre los que pueden destacarse (artículo 10), en primer lugar, como exigencia necesaria para asegurar la transparencia del contenido del contrato, la claridad, concreción y sencillez de su redacción, y de otro lado buena fe y justo equilibrio de las prestaciones con exclusión ente otras de aquellas cláusulas abusivas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios, así como de limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario, la repercusión sobre éste de fallos, defectos o errores administrativos bancarios o de domiciliación de pagos que no se le sean imputables, la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, o la imposición de renuncias a derechos reconocidos en la Ley, considerándose nulas de pleno derecho y teniéndose por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos. REYES LOPEZ, PUERTES MARTI, ESTRUCH ESTRUCH y MONTES RODRIGUEZ, Op. cit., pp. 257-258.-

<sup>270</sup>LEY 26/1984 General para la defensa de los consumidores y los usuarios en CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL, op. cit., pp. 600-626.- Los artículos 8 y 10 han introducido un régimen jurídico de las condiciones generales de los contratos estipulados con los consumidores, a fin de proteger y tutelar sus intereses económicos y sociales. Del régimen jurídico de esta Ley pueden subrayarse los siguientes elementos fundamentales:

1. ...; 2. ...; 3. Las condiciones generales deben respetar la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, entendiéndose que son lesivas para los intereses de los consumidores y, en consecuencia, nulas, una lista de ellas que a título de ejemplo incluye el propio art. 10 de la ley. 4. La Ley contiene una definición de las condiciones generales, al decir que son "el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate". 5. ... - BROSETA PONT, op. cit., pp. 71-72.- "**Cuarto:** Finalmente, que la invocada condición general decimotercera del contrato ningún valor probatorio ha de tener, resulta de su evidente nulidad al limitar, mejor anular los medios de defensa que la otra parte pueda oponer a las reclamaciones de la parte dominante en el contrato, que queda en una notoria posición de dominio obligando al contratante a estar a lo que la actora determine en una liquidación unilateral a cuya confección ha tenido acceso, con clara vulneración de los derechos constitucionales de defensa y obtención de una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española). Ni siquiera interpretando aquella condición en el sentido de que debería aceptara el contratante con posibilidad de impugnarla, ya que supondría una inversión de la carga de la prueba contraria a la Ley: artículo 1214 del Código Civil y artículo 10.4º de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con su artículo 10.1º c) apartado octavo, de los que resulta la nulidad de pleno derecho y al tenerse por no puestas aquellas condiciones que impliquen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª) de

La norma citada, encuentra el mismo modelo que la AGB Gesetz alemana y las cláusulas abusivas de pleno derecho se sancionan<sup>271</sup> en el sentido de que el resultado no sea desventajoso ni perjudicial para el contratante débil, cuya posición en el contrato se trata de proteger, es decir, la principal sanción es privar de efectos contractuales a la cláusula abusiva, de tal forma que no obliguen al adherente<sup>272</sup>. Sin embargo, queda una segunda categoría de cláusulas abusivas cuya eficacia queda sometida a la apreciación de los tribunales, bien a través del criterio de lo razonable o a través de otras pautas marcadas por la ley.<sup>273</sup>

### 5.1.3. Control judicial de las condiciones generales.

El control a posteriori de las condiciones generales en el cumplimiento y ejecución de los contratos estandarizados ofrece dos vías: la judicial y la extrajudicial.

El control judicial se funda en la previa existencia de un control legislativo establecido mediante una tipificación legal de conductas y criterios, siendo que la eficacia de la tutela judicial dependa de la calidad del instrumento normativo.

Como el control de las condiciones generales es a posteriori no se puede impedir que los empresarios sigan utilizando las mismas cláusulas que puedan haber sido declaradas nulas, sin embargo, la ley alemana (AGB Gesetz) ha sabido articular un eficaz medio de reforzar el control judicial otorgando carácter inhibitorio a la resolución judicial y prohibiendo, por tanto, al empresario vencido en juicio la utilización de las condiciones y cláusulas abusivas.<sup>274</sup>

---

30 de julio de 1992. REYES LOPEZ, PUERTES MARTI, ESTRUCH ESTRUCH y MONTES RODRIGUEZ, op. cit., pp. 489.-

<sup>271</sup>El art. 37 se refiere en su primera parte a la nulidad (o bien ineficacia) de las cláusulas abusivas (mencionadas en los incs. a, b y c), al decir que "se tendrán por no convenidas" (ineficacia de pleno derecho) sin que esto afecte -necesariamente la validez del contrato. FARINA, op. cit., pp. 283-284.-

<sup>272</sup>POLO, op. cit. p. 64.- Si se trata efectivamente de una cláusula abusiva, se anula el contrato? Si efectivamente hubiera una cláusula abusiva, no estará Ud. obligado por ella en ningún caso. Por otra parte, si solo se refiere a la posible cláusula abusiva, las demás cláusulas del contrato seguirán siendo válidas. Tomado de la Red INTERNET, (<http://www.cec.lu/en/comm/spc/cg/es/q61.htm>).

<sup>273</sup>POLO, op. cit., p. 64.

<sup>274</sup>POLO, op. cit., pp. 70-71.- También la AGB-Gesetz regula las excepciones admisibles, prescripción, contenido de la sentencia, etc. STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., pp. 106 y s.-

El §10 (AGB Gesetz) presenta una serie de cláusulas sospechosas para que el juez aprecie la declaración de ineficacia y el §11 contiene toda una relación de cláusulas prohibidas o lista negra de cláusulas prohibidas sin posibilidad de apreciación judicial.<sup>275</sup>

Como todo conduce a la protección del contratante débil, algunos sectores han ampliado los poderes del juez mediante el recurso a criterios objetivos, basados en principios generales como la buena fe, el orden público o la unconscionability<sup>276</sup> permiten al juez corregir el contenido del contrato en interés del adherente.<sup>277</sup> No obstante, el artículo 1341 del Código Civil Italiano de 1942, sobre las "condiciones generales" del contrato: "Las condiciones generales del contrato establecidas por una de las partes solo son eficaces frente a la otra parte si esta es el momento de la perfección del contrato las conocía o podía conocerlas usando la diligencia ordinaria."<sup>278</sup>

## 2 Marco legal costarricense.-

### 2.1 Normativa general.-

Los modernos contratos mercantiles atípicos, nacidos por el tráfico jurídico y las nuevas necesidades económicas, deben de respetar la jerarquía de fuentes del ordenamiento, entre ellos, p. ej. Artículos 28.2, 45, 46 y 129.3 constitucionales pero no solo esos, considérese la vinculación de los derechos económicos constitucionales con normas 50 y 74 entre otras constitucionales, del primero -art. 46- deriva la protección al consumidor y el segundo refiere a la no eficacia de la renuncia de leyes en general, ni la especial de las de interés público, normas inderogables que rigen, (se puede incluir la jurisprudencia -ex art. 5, párrafo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>279</sup> en ausencia de normas y prevalece sobre las normas contractuales y la costumbre), las reglas generales de la contratación, la costumbre (el art. 5 -norma posterior y específica- deroga implícitamente el art. 2 del Código de Comercio) y confiere a los usos carácter preferente, prevaleciendo la nacional sobre la

---

<sup>275</sup>STIGLITZ y STIGLITZ, op. cit., p. 203.-

<sup>276</sup>2.302.- Unconscionable contract or clause. La redacción total puede ser encontrada en RED INTERNET (<http://www.law.cornell.edu:80/ucc/2/-2.302.html>) Sobre la cognoscibilidad, véase CAPPELLA MOLINA, Observaciones Generales..., op. cit., p. 15.- Igualmente, INZITARI Bruno, L'Impresa nei rapporti Contrattuali, en Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, Diretto Da Francesco Galgano, Volume Secondo, 1978, pp. 331-337.- MONINA, op. cit., pp. 240-249.-

<sup>277</sup>POLO, op. cit., pp. 67-75.

<sup>278</sup>GALGANO Francesco, citado por WEISNER, op. cit., 29.- Conf. el párrafo 1 del artículo 1341 del Código Civil Italiano.

<sup>279</sup>Artículo 5.- ... Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. **Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.-** (negrita del suscrito).-



internacional y por último el Código Civil. Todo este sistema de fuentes es importantísimo en la relación del contrato mercantil atípico.

Sin embargo, por ley 6015 y en materia de regulación de las condiciones generales, se dió la modificación al numeral 1023 del Código Civil, pero dentro del marco de la compra-venta, (interpretación restrictiva) incluyéndose entre otras modificaciones, el párrafo tercero que dice así:

"3) Toda persona interesada u organización representativa de los consumidores podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumeradas en este artículo."

(véase además el inciso tercero del art. 870 del Código Civil).

La transformación económica hace que la contratación se aparte de los esquemas tradicionales, generando desigualdad, por un lado la parte fuerte predispone su propia ventaja y por otra la del adherente y en virtud de ello, ocurre la reforma al Código Civil, art. 1023, la cual se da en aras de la realización de un principio de justicia mediante una igualdad sustancial, al regular el derecho la fuerza del fuerte en aras de la realización del "interés de la comunidad".<sup>280</sup>

Gerardo Trejos, actual diputado, hace ya varios años presentó un proyecto de ley, para reformar el artículo 436 del Código de Comercio e incluir la regulación de condiciones generales, pero el proyecto de ley no tuvo mayor aceptación.

Otro proyecto de ley, denominado "Ley de la Promoción y Efectiva Defensa del Consumidor, representa una propuesta concreta en la intención de dar un cambio sustancial a la estructura económica costarricense para adoptar un esquema de globalización económica de libre comercio o apertura comercial y se trata de una transformación total de las estructuras productiva y comercial nacionales y respecto de la nueva política comercial y de protección al consumidor, se puede decir que estaría sustentada en los siguientes principios y orientaciones:

1...

2...

3...

4...

5. modernización de los instrumentos, programas y acciones de defensa de los derechos de los consumidores y constitucionalización de estos derechos.

---

<sup>280</sup>PEREZ VARGAS, op. cit., pp. 70-71.

En cuanto a los contratos de adhesión, (art. 39) cuya importancia es medular en un mercado de libre competencia, se establece que su eficacia está sujeta al conocimiento efectivo (tanto en el plano jurídico como fáctico) de las condiciones generales como abusivas y absolutamente nulas, aquellas condiciones generales que:

- restrinjan los derechos del adherente;
- limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente;
- favorezcan excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente;
- exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente sobre daños corporales, incumplimiento defectuoso o mora;
- la renuncia anticipada de derechos con base en el contrato o de los derechos procesales tutelados por el Código Procesal Civil u otras leyes especiales conexas;
- las que sean ilegibles o en idioma distinto al español.<sup>281</sup>

Igualmente, otro proyecto de ley, el llamado "CODIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR", #12.080, buscaba restablecer la igualdad jurídica en las relaciones de consumo, compensando la desigualdad económica... sólo se puede lograr, con fundamento en los principios de justicia que obligan a mantener el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes, característico de los contratos bilaterales, que han de estar animados por los principios de buena fe y de lealtad entre los contratantes.<sup>282</sup>

El legislador costarricense, producto de presiones exógenas a nuestra propia realidad política y social, decreta la ley # 7472, denominada Promoción de la Competencia y Efectiva Defensa del Consumidor, entrando la misma en vigencia en enero de 1995, esta ley se promulga debido a la influencia económica mundial (GATT, PAE III, etc.<sup>283</sup>) para derogar

---

<sup>281</sup>EXPEDIENTE LEGISLATIVO 11659, Proyecto de ley "Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, exposición de motivos.-

<sup>282</sup>Proyecto de ley #12080, CODIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, op. cit., p. 2.-

<sup>283</sup>Los tiempos actuales, luego del indiscutible fracaso de las economías centralizadas, son los tiempos del impulso a los mercados. Hasta las encíclicas papales explican la necesidad de dar campo a la iniciativa creadora de la sociedad. Diversos movimientos internacionales se suman a ello. El Acuerdo General sobre Libre Comercio y Aduanas (GATT) es una buena muestra. Los tratados multi y bilaterales sobre libre comercio constituyen una muestra clara. El compromiso nacional al respecto, a raíz del PAE III y otros instrumentos suscritos, algunos vigentes y otros en trámite, es facilitar el libre intercambio de bienes y servicios, dentro de un movimiento encaminado a liberar la economía de distorsiones. La obligación es dismantelar la mayor parte de intervención estatal, tanto en acción directa como en regulación, y dejar que la sociedad tenga gran libertad en sus relaciones. Exposición de motivos en EXPEDIENTE LEGISLATIVO # 12080, "Código de Defensa del Consumidor" tomado de la RED SICOM.- En este año se empieza a establecer el PAE III destinado (entre otras

parte de la intervención estatal, a fin de que fortalecer el sector privado y las relaciones extranjeras, pero el Estado, en materia de regulación de las condiciones generales de los contratos es presta a la protección a los usuarios y consumidores, a la protección del contratante débil.

El artículo 29 de la ley 7472, (que se promulgó antes de la reforma constitucional) establece los derechos del consumidor así:

**"Artículo 29: Derechos del consumidor**

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables los siguientes:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.

**b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.**

c) El acceso a una información, vera y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.

d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.

e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.

f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de éstos, según corresponda.

g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

---

cosas) a privatizar el Estado (traslado de bienes estatales a la empresa privada) y a reducir el tamaño del aparato estatal. De esta manera se debilita el Estado y se fortalece la empresa local y extranjera. ROMERO PEREZ Jorge Enrique, El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa? en REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS, setiembre-diciembre 1990, # 67., p. 115.-

Baudrit Carrillo señala que la norma sobre cláusulas abusivas en contratos de adhesión, contenida en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva al Consumidor, viene a complementar lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1023 del Código Civil y, en cierto modo, también a aclararlo, en cuanto a que los casos detallados en ambas disposiciones legales únicamente se refieren a contratos de adhesión y no a cualquier otro tipo de contratación. Sanciona con nulidad absoluta o relativa determinadas cláusulas en este tipo de contratos, referentes a la formación del contrato y a sus aspectos procesales.<sup>284</sup>

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece mecanismos de protección al consumidor y la tendrá incidencia fundamental en la operación del sector privado, en la libertad de empresa y en el funcionamiento del sistema económico costarricense, que es indispensable.<sup>285</sup>

El artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor<sup>286</sup> señala las cláusulas de nulidad absoluta y de nulidad relativa en contratos de adhesión, sean civiles o comerciales.

"Artículo 39. **Cláusulas abusivas en contratos de adhesión.**

La eficacia de las condiciones generales en los contratos de adhesión, está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haber tenido ese conocimiento con una diligencia ordinaria.

Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.
- b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.
- c) **Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.**
- d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.

---

<sup>284</sup>BAUDRIT CARRILLO, Comentarios a la nueva ley de protección al consumidor, op. cit. p.10.

<sup>285</sup>PIZA ROCAFORT, op. cit., p. 4.

<sup>286</sup>Es copia de los artículos 57 y siguiente del proyecto de Código de Defensa del Consumidor, EXPEDIENTE LEGISLATIVO #12800.

- e) Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
- f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
- g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.
- h) Sean ilegibles.
- i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.

**Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:**

- a) Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.
- b) Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.
- c) Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.
- d) **Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.**

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales. Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente."

El texto antes citado establece en relación con las condiciones generales que refieran a los intereses desproporcionados, dos posibilidades para la invalidez contractual:

a- ubicar la desproporcionalidad dentro del inciso c) de las condiciones generales abusivamente nulas, y

b- dentro del marco del inciso d) para la anulabilidad.

La primera posibilidad, no deja duda la nulidad absoluta por ser la condición general totalmente abusiva y en el caso del contrato analizado, el interés de mora supera el 30% que establece el numeral 498 del Código de Comercio -derecho imperativo y por ende nula y abusiva la cláusula de interés de mora y por la segunda, la nulidad relativa es subsanable, por la aplicación que corresponda, tal y como se relacionó en las tablas #4, #5 y #6.<sup>287</sup> Esto es, corresponde al adherente la oportuna reclamación.

Como se relacionó supra, la cláusula de intereses - por ejemplo el interés corriente por ausencia de contenido en el método- puede resultar desproporcionado, siendo esas condiciones generales de contratos de adhesión totalmente abusivas y sancionadas con invalidez: nulidad absoluta y relativa, quedando al consumidor la posibilidad de escoger cual nulidad aplica, pero como se ha expuesto, la nulidad de las mismas debe declararse judicialmente y se advertirá sobre la problemática de la legitimación activa para demandar la nulidad por la aplicación de la cláusula de interés cuando ésta abusiva.

Entonces, de acuerdo con el parámetro de la ley, la moral o las buenas costumbres, además de la razonabilidad y proporcionalidad en la cláusula de intereses, es posible determinar la nulidad o anulabilidad de la misma. Sin embargo, el párrafo primero del artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que incluye parte del artículo 1341 del Código Civil Italiano, sujeta la eficacia de las condiciones generales en los contratos de adhesión, al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haber tenido ese conocimiento con una diligencia ordinaria, que de existir, las cláusulas serán eficaces, pero esto puede ocurrir en contratos individuales, más no en aquellos estandarizados o uniformes, como el de tarjeta de crédito.

---

<sup>287</sup>Las construcciones en torno a este tipo de ineficacia son esencialmente dos: 1) la que puede considerarse dominante ve en la anulabilidad una ineficacia estructural y sobrevenida. Según esta concepción el contrato anulable es válido y eficaz hasta que no se anule. La acción de anulación es constitutiva y tiene efecto retroactivo, lo que prueba el carácter inicialmente eficaz del contrato afectado de alguno de los vicios que provocan la anulabilidad... (doctrina alemana e italiana) y 2) el negocio anulable tiene un vicio invalidante no visible y también sanable fácilmente a voluntad del protegido, , por lo que, desde su perfección, tiene la condición de viciado y de sanable mediante confirmación... La acción de anulación es constitutiva, la sentencia produce efectos retroactivos, mientras que para quienes le otorgan carácter declarativo es natural que el contrato carezca de efectos desde el principio... MIQUEL GONZALEZ José María, voz "Anulabilidad" en Enciclopedia Jurídica Básica, 1995, Tomo I, pp. 475-481.-

El artículo 28 constitucional contiene varios principios, entre ellos el de libertad<sup>288</sup>, el de reserva de ley<sup>289</sup>, el sistema de libertad<sup>290</sup>, y

En todo caso, es necesario relacionar el artículo 51 de la Constitución Española de 1978, que también establece que la ley regulará el comercio interior de acuerdo con la defensa de los

---

<sup>288</sup>véanse votos 4905-95 de 15:21 horas del 5/09/95, 5318-94 de 8:51 de 16/09/94 y 56-90 de 16:45 de 12/01/90, todos de la Sala Constitucional.-

<sup>289</sup>véanse votos de la Sala Constitucional 3173-93 de 14:57 horas del 06/07/93 y 1635-90 de 17 horas del 14/11/90.- Por precisa que sea una Constitución, evidentemente, no puede fijar todas las reglas relativas a los derechos y libertades. Estas deben ser desarrolladas por normas infraconstitucionales, que reglamenten, ante todo, el ejercicio de los derechos y libertades clásicos y concreten los derechos sociales. BON, op. cit., pp. 65-66.-

<sup>290</sup>La Sala Constitucional ha considerado que solamente en supuestos excepcionales caben las limitaciones a esta libertad, con interpretación restrictiva, basándose en el bien común, véase voto 6982 - 94 e incluso ha señalado que " los conceptos de moral, de orden público o de la necesaria protección de los derechos de terceros, son conceptos jurídicos indeterminados, que no implican arbitrariedad y que están regidos por criterios de racionalidad, razonabilidad, flexibilidad o discrecionalidad, cuya interpretación y aplicación deben armonizar con los principios pro libertate y pro homine, básicos para la doctrina de derechos humanos, debe demostrarse una amenaza grave al orden público o estén de por medio intereses superiores. Véanse votos 3360 - 95 y 3173 - 93, también de la Sala Constitucional.

consumidores y usuarios.<sup>291</sup> Véase además el artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina, que a su vez, impone limitaciones a la libertad contractual.<sup>292</sup>

El orden público, los intereses de terceros, los límites internos y externos y que identifican el abuso del derecho - pueden ser objeto de regulación legal. Son derecho imperativo y son en último análisis libertad ordenada y aquí orden es término contrario a arbitrariedad.<sup>293</sup> Esto significa que solo por ley formal es posible regular y restringir los derechos y libertades fundamentales, y solo por vía reglamentaria o en normas de rango inferior, podría la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo ella está habilitada a imponer.

## 2 El contrato de adhesión.

---

<sup>291</sup> Art. 51. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL ESPAÑOLA, 1994, P.56.

<sup>292</sup> Artículo 42. [Derechos del consumidor y del usuario]- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e interés económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...- FARINA, Defensa del consumidor..., op. cit., p.499.-

<sup>293</sup> BAUDRIT CARRILLO, Diego, El Principio General..., op. cit., pp. 67 y s.-



Cuando dos o más personas, han decidido conferir bienes y prestar servicios para un fin común, pueden escoger su forma de asociación y si desean la de sociedad anónima (organización), está se regulará por el ordenamiento jurídico mercantil, (libertad de ejercer el comercio; libertad de asociación para ejercer el comercio, restricción en cuanto a la forma que se escoge para ejercer el comercio, libre contratación, etc.<sup>294</sup>) siendo ese sistema social el que incluirá la organización con nexo de comunicación con finalidad determinada (el fin legítima) y estructura formal.

Ahora bien, el artículo 17 del Código de Comercio expresa, que **es mercantil**, independientemente de su finalidad,

- a) la sociedad en nombre colectivo;
- b) la sociedad en comandita simple;
- c) la sociedad de responsabilidad limitada y
- d) la sociedad anónima.

Esa mercantilidad obligatoria de la sociedad anónima se da independientemente de su objeto, puede decirse que uno de los elementos naturales societarios es el lucro o la ganancia - género-, aunque no siempre se satisfaga, pero es fácilmente deducible de lo estipulado en los numerales 1, 5, 18 inc. 14, 25, 29, 102, 104, 120, 141, 142, 143, 155, 176, siguientes y concordantes del Código de Comercio.

La organización (concepto sociológico) estructurada como sociedad mercantil<sup>295</sup> y de acuerdo con los artículos 25 constitucional en cuanto libertad de asociación y 1 y 5 y 17, todos del Código de Comercio, los actos que ésta realice serán mercantiles, por tanto, un

---

<sup>294</sup> Véase el Considerando XIII del voto 3495-92 de la Sala Constitucional, 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.- Véase BAUDRIT CARRILLO Diego, El principio general de la libertad... op. cit., pp.55-61.- Conf. art.102 Código de Comercio de C.R., 1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española, 1 de la Ley de sociedades Alemana (AktG) y artículo 2325 del Código Civil Italiano en concordancia con el 2346 y siguientes. Conf. arts. 106 y 18 Código de Comercio de C.R.; art. 10 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española; artículo 2249 del Código Civil Italiano. El legislador español ha utilizado la pauta evidentemente más amplia de los principios configuradores de la sociedad anónima que la expresión alemana, integrada por tres términos, de la esencia de la sociedad por acciones, la protección de los acreedores y el interés público. DUQUE DOMINGUEZ Justino, La fundación de Sociedades Anónimas en la LSA en Derecho de Sociedades Anónimas, Tomo I, 1991, p. 98. El principio de permanencia del capital social se da en protección al interés público.

<sup>295</sup> Artículo 141 “Los bancos privados deberán, necesariamente, constituirse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones cooperativas,...” de la ley 1644 Orgánica del Sistema Bancario Nacional, reformado por artículo 162 de la ley 7558 Orgánica del Banco Central de Costa Rica de 3 de noviembre de 1995 y publicada el 27 de noviembre de 1995. Igualmente, los numerales 141 a 150 de la Ley 7558 antes citada, relacionan los grupos de interés financiero.

contrato como el de tarjeta de crédito, cuyo emisor sea una sociedad anónima constituida y organizada bajo las leyes de Costa Rica, evidentemente la contratación será de naturaleza mercantil, sin embargo, existen emisores de tarjetas de crédito que son los llamados bancos del Estado<sup>296</sup>, en este caso, la actividad ejercida (contrato de tarjeta de crédito) es de índole privada y encasillada como acto mercantil, de acuerdo con los artículos 1 y 5 del Código de Comercio.

También es posible relacionar la mercantilidad del contrato por objetivo, por conexidad, por el acto mixto o por la empresa.

Ese contrato, específicamente el de tarjeta de crédito, no se incluye en los contenidos en el **Libro II, Título I "Obligaciones y Contratos"** mercantiles del Código de Comercio ni en leyes especiales, y ante la ausencia de regulación específica en códigos y leyes especiales el contrato será atípico pero socialmente típico, es decir, el contrato ha adquirido una tipicidad social, por su nombre y régimen jurídico que se representan por la práctica contractual.<sup>297</sup>

Ahora bien, esos contratos atípicos deben respetar la jerarquía de fuentes establecida en el ordenamiento jurídico (p. ej.: Constitución Política, Tratados Internacionales ratificados, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y otras leyes imperativas y de orden público, Código de Comercio, -art 5 Ley Orgánica del Poder Judicial deroga parcialmente al art. 2 del Código de Comercio-, costumbres, costumbre internacional, y por último el Código Civil), salvo aquellas de índole derogable que permiten pactar en contrario y en general se podrá contratar todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento, con claro respeto a la moral, orden público y costumbres.

### 3.2 La predisposición de las cláusulas contractuales.

---

<sup>296</sup>...La Sala, en una resolución anterior -Nº 660 de 15:00 horas del 10 de marzo de 1992- había externado su opinión sobre el carácter de las normas que regulan la actividad bancaria sosteniendo que el derecho bancario está integrado por un conjunto de normas complejas, unas de derecho público y otras de derecho privado, agregando que las primeras fueron concebidas "para regular la creación de los entes bancarios, su desenvolvimiento dentro del sistema financiero nacional y para controlar el funcionamiento y prevenir acciones que puedan perturbar la economía del país y las necesarias para reprimir los actos delictivos que ocurran como derivación de la actividad bancaria...", las segundas, como reguladoras de las relaciones patrimoniales de las empresas bancarias entre ellas mismas y con sus clientes..." b) aunque el fallo no lo dice expresamente, al considerarse estas actividades como propias del derecho privado se inscriben dentro de los parámetros constitucionales de la libertad contractual -contenidos y límites- que la Sala ha expuesto en su fallo, Nº 3495 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992. MANAVELLA Carlos, Dos recientes resoluciones de la Sala Constitucional en relación a los intereses fluctuantes, en Revista IVSTITIA, año 9, #97, pp. 9-10.-

<sup>297</sup>tipicidad social: es decir, son conocidos y frecuentes y en torno a ellos se han creado una práctica, unos usos convencionales y acaso una jurisprudencia. JORDANO, citado por LACRUZ BERDEJO José Luis, Manual de Derecho Civil, 1990, p. 746.-

Por su parte, la Ley 19/84 General de Defensa del Consumidor y del Usuario española entiende por condiciones generales las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.<sup>298</sup>

### CAPITULO III

#### **El contrato de tarjeta de crédito.**

#### **Sección A**

##### 1. La Tarjeta de crédito como Contrato de crédito.

---

<sup>298</sup>LACRUZ, op. cit. Tomo II Volúmen II, p.36. Las condiciones generales de los contratos nacen como una respuesta jurídica a las necesidades técnicas surgidas de la contratación seriada o en masa típica de la economía capitalista, como un medio de racionalizar y simplificar la capacidad negocial de la empresa a través de fórmulas estereotipadas que permitan la realización idéntica y poco menos que simultánea de centenares o miles de contratos. POLO Eduardo, Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, 1990, p.31. “Aderire senza discutere” ALPA Guido, Il diritto..., op. cit., p. 128.-

El contrato atípico de tarjeta de crédito nace como consecuencia de la división del trabajo<sup>299</sup> (al igual que otros como franchising, leasing, factoring, etc.), y como consecuencia de esa libertad de contratar y de acuerdo con la celeridad de las transacciones mercantiles, las partes convienen en estipulaciones rígidas, predeterminadas y contenidas en un contrato tipo constante en un formulario previamente impreso, -las organizaciones (en este caso, los empresarios) serán en todo caso superiores al individuo, tanto en comunicación, racionalidad, capacidad innovadora, especialización, relaciones estratégicas, reducción a términos jurídico-económicos, impersonales, no hay elemento psicológico que afecte a la estructura organizacional, no hay represión para la organización, etc.,- que los ordenamientos modernos en protección del débil, han elaborado sistemas de control<sup>300</sup> de las condiciones generales<sup>301</sup> de esos contratos.

La tarjeta de crédito representa un negocio jurídico complejo<sup>302</sup>, entra de lleno en esa nueva denominación de los créditos como crédito al consumo<sup>303</sup>, que se ha venido adoptando a raíz

---

<sup>299</sup>El origen histórico del concepto de sociedad de masas está vinculado a la rápida industrialización del capitalismo europeo occidental durante la última mitad del siglo diecinueve, que creó las condiciones necesarias, sociales, políticas e ideológicas para que emergiera la sociedad de clases moderna, con base ya no en la noción de "pueblo" sino de la masa. El desarrollo de la división capitalista del trabajo, la organización a gran escala de las fábricas y la producción de comodidad, las poblaciones urbanas densamente concentradas, el crecimiento de las ciudades, la centralización de la toma de decisiones, el sistema de completo y universal de comunicaciones, y el crecimiento de movimiento políticos de masas basados en la extensión de los derechos de la clase obrera son características ideales de la sociedad de masas. Las consecuencias de la sociedad de masas son variadas, profundas y, seguramente, permanentes. Los contratos han dejado de ser ese acuerdo vinculante de voluntades libres, no por causa de ser contratos en los que aparece una parte o contratante específica, la empresa, sino porque son la expresión negocial de la era de masas. WEISNER Luis Roberto, Sociedad de Masas, Derecho Privado y Contratación Estandar en REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1986, p. 7-17.-

<sup>300</sup>Por ejemplo, art. 42 de la Constitución argentina y las leyes 22262 Defensa de la Competencia, 24240 Defensa del Consumidor y del Usuario, art. 51 de la Constitución española, ley 26 de 1984 Ley General para la defensa de los Consumidores y los Usuarios, en Costa Rica ley 7472 Ley de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts. ... y 1023 del Código Civil. La Truth in Lending Act, la Consumer Credit Protection Act, ambas de Estados Unidos de América, la AGB Gesetz alemana, que es la que en doctrina impera, la Fair Trading Act inglesa, etc.

<sup>301</sup>La contratación en serie o en masa que realizan los empresarios mercantiles, les impide discutir con cada uno de sus clientes las condiciones y cláusulas de cada contrato, cuyo contenido, además, suele ser idéntico para todos ellos. Razón

por la que los empresarios redactan unilateralmente las condiciones generales para sus contratos, en cuya estipulación sus clientes se limitan a aceptar tales condiciones, manifestando su adhesión. Aparecen así las llamadas condiciones generales del contrato. El legislador alemán mediante ley de 9 de diciembre de 1976 reguló las condiciones generales por medio de una ley especial. BROSETA PONT, op. cit., pp.70-71.- A veces la predisposición de las condiciones generales del contrato están directamente consideradas como una exigencia para el ejercicio de la actividad determinada, sin que tales condiciones generales deban ser aprobadas por la autoridad gubernativa. FERRI Giuseppe, Manuale di Diritto Commerciale, 1984, p. 639.- La contratación en masa es característica fundamental de nuestro tiempo, al punto de ser un instrumento inseparable de la actividad empresarial para extender el crédito y el consumo. RIVERO ALEMAN, op. cit. p. 208.-

<sup>302</sup>Sala Primera Civil, # 81 15 horas 20/05/92.- Conf. GHERSI Carlos, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, 1992, p.197.- "Un negocio jurídico es complejo cuando está formado por dos o más negocios jurídicos simples entrelazados. MANAVELLA Carlos, La Tarjeta de Crédito en el Derecho Costarricense, en Revista IVSTITITA, 1987, p.7.

de la Directiva 87/102 de la CEE de 22 de diciembre de 1986 y entenderá por "contrato de crédito: aquel mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier facilidad de pago"<sup>304</sup> y es un contrato mediante el cual una entidad crediticia -banco o institución financiera- concede un crédito rotatorio, de cuantía y plazos determinados, prorrogables indefinidamente a un persona natural, con el fin de que ésta lo utilice en los establecimientos afiliados.<sup>305</sup> La emisora bien puede ser una sociedad anónima, o bien cualquier organización, incluso comerciante persona física.

El contrato de tarjeta de crédito pueden clasificarse por el crédito que conceden, por el tipo de entidad emisora, por el ámbito universal, el territorial y temporal.<sup>306</sup>

La tarjeta en sí representa la desmaterialización de la moneda<sup>307</sup>, siendo su objeto facilitar al titular el consumo de bienes y servicios sin utilizar dinero<sup>308</sup>, eso permite sustituir el dinero en efectivo<sup>309</sup> toda vez que funciona como medio de cancelación de obligaciones y a su vez constituye un crédito a favor del emisor, que como financiador busca beneficiarse con dicha actividad y otras conexas, sin tener que disponer inmediatamente de dinero.<sup>310</sup>

**El contrato de tarjeta de crédito, es un contrato de adhesión<sup>311</sup>**, con formularios preimpresos con cláusulas generales, constituyen los llamados por cierta doctrina: contrato

<sup>303</sup>Las tarjetas de crédito entran de lleno en esa nueva denominación de los créditos como crédito al consumo, que se ha venido adoptando a raíz de la Directiva 87/102 de la CEE de 22 de diciembre de 1986 y entenderá por "contrato de crédito: aquel mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago". GETE-ALONSO Y CALERA María del Carmen, El pago mediante tarjetas de crédito, 1990, p. 53.- En la tarjeta de crédito, el objeto principal es facilitar al titular el consumo de bienes y servicios sin utilizar dinero. MUGUILLO Roberto, Tarjeta de Crédito, 1994, p.77.-

<sup>304</sup>GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., p. 53.-

<sup>305</sup>Tribunal Superior Primero Civil, # 1174 de 8:15 horas 23 setiembre 1981.- Por virtud de la celebración del contrato, el banco se compromete con su cliente a concederle crédito en forma rotatoria y hasta por un determinado monto, o por cuantía indeterminada mediante el pago a los terceros que presentes sus facturas firmadas. RODRIGUEZ AZUERO Sergio, Contratos Bancarios, 1977, p. 392.-

<sup>306</sup>SIMON Julio, La Tarjeta de Crédito, 1990, pp. 57-59.

<sup>307</sup>Véase Considerando VII de la sentencia de Sala Primera Civil # 81 de 15 horas 20/05/92.-

<sup>308</sup>MUGUILLO, op. cit., p. 77.-

<sup>309</sup>SIMON, op. cit., p. 41.- PARIS RODRIGUEZ Hernando, Dinero Plástico, en Revista IVSTITIA, #66, año 6, 1992, pp.4-7.-

<sup>310</sup>MANAVELLA, La tarjeta..., op. cit., p. 5. El artículo 46 de la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista Español, establece que los cargos por pagos mediante la tarjeta de crédito podrán anularse cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. Conf. Autores Varios, Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la ley Orgánica complementaria, 1997, pp. 351-355.-

<sup>311</sup>Conf. PARIS Hernando, op. cit., p.6.- MANAVELLA Carlos, La Tarjeta de Crédito..., p.8.- El usuario se limita a aceptar una serie de normas impresas. CHULIA VICENT, Las tarjetas de crédito en Aspectos Jurídicos

de la letra chica<sup>312</sup> y que se entiende como el crédito o créditos de tiempo en tiempos otorgados al tarjetahabiente como consecuencia y en virtud del uso de la tarjeta.

Cano Rico por su parte, establece que en las tarjetas de crédito existen dos contratos: el de utilización de la tarjeta de crédito por el titular y que pactan éste y la entidad emisora de la tarjeta y el de adhesión de las empresas vendedoras de bienes y servicios al sistema de tarjetas de crédito que formalizan éstas y las entidades emisoras de la tarjeta.<sup>313</sup>

Existen algunos autores que equiparan la tarjeta de crédito a un título valor, pero en el fondo es un simple título de legitimación de las personas que requieren de los bienes o servicios que pueda acceder.<sup>314</sup> Otros, como Broseta Pont, afirman que la tarjeta de crédito es un título valor impropio.<sup>315</sup>

---

de los Contratos Atípicos, Tomo I, 1994, p.135. Véase el Considerando IX de la sentencia de la Sala Primera Civil, #81 de 15 horas del 20/05/92.- Muchos contratos-tipo son contratos estandarizados para servir a los propósitos de una empresa que desea más expedita, mas conocida y más controlada su contratación con proveedores y clientes. A su vez, los contratos adhesivos traen cláusulas generales [-precisamente en la redacción e imposición de estas está su unilateralidad-], que pueden o no estar a la vista y ser del conocimiento del cliente, vale decir, de la parte débil. El problema de la inclusión de las cláusulas generales en los contratos, reside, en primer término, en la aquiescencia de la parte a quien se le imponen, y esto lleva a un segundo aspecto: al supuesto o real conocimiento de tales cláusulas de la parte débil. Finalmente, y teniendo en cuenta que pueden no ser conocidas o cabalmente entendidas por la parte que las acepta, se plantea un tercer problema, el de la protección a esa parte. WIESNER, op. cit., p. 27.-

<sup>312</sup>SIMON, op. cit., p. 107.

<sup>313</sup>CANO RICO, José R., Manual Práctico de Contratación Mercantil, tomo II, 1993, p. 107.

<sup>314</sup>conf. CHULIA VICENT. op. cit. T. I., p. 134.- En cuanto a la incorporación, la tarjeta de crédito no incorpora derecho ni es documento dispositivo, puesto que el derecho nace y se prueba por medio del contrato celebrado entre el tarjetahabiente y el emisor, y la tarjeta no es más que un efecto. legitimación, la tarjeta si legitima al tenedor, siendo ésta la única característica que posee la tarjeta de crédito semejante a los títulos de crédito. Literalidad, no se encuentra en la tarjetas de crédito, pues las mismas se rigen por el negocio jurídico que les sirve de base (contrato entre emisor y tarjetahabiente) y no por el contenido literal de la tarjeta. Autonomía, está referida a la circulación de los títulos, y esto no se encuentra en la tarjeta de crédito, por el carácter intransferible de la misma, es decir, no hay circulación de la tarjeta. SIMON, op. cit., pp. 65-70.- Como documento pertenece a la categoría de los títulos que algunos autores llaman títulos de crédito impropios. PEREZ FONTANA Sagunto, La Tarjeta de Crédito, 1989, p. 24.-

<sup>315</sup>BROSETA PONT, op. cit., pp. 625-626.- "La diferencia, conceptual y de disciplina, se explica porque la documentación y/o la incorporación no se producen plenamente, ya sea porque la circulación y legitimación son incompletas, ya sea porque la autonomía y la literalidad no se manifiestan en su grado máximo. .. La calificación de títulos valores impropios se debe reservar a los documentos que se emiten en masa, porque la persona del acreedor es un colectivo anónimo; por consiguiente, el emisor está dotado de una organización y los momentos de asunción y ejecución de la obligación tiene distinta relevancia. El documento es un título de legitimación activa (al tenedor le basta con la presentación del documento para exigir la prestación) y pasiva (el cumplimiento es liberatorio aunque se haga a un acreedor aparente). Pertenecen a esta categoría ... el billete del metro o autobús, la entrada o el abono al espectáculo. Los documentos de legitimación no se emiten en serie porque la persona del acreedor no es completamente anónima, por eso el documento es únicamente título de legitimación pasiva (el deudor se libera pagando al tenedor aparente), pero no activa (el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la prestación, o más exactamente el deudor puede negarse a cumplir frente al presentador del documento, exigiéndole más pruebas de su condición de acreedor legítimo). Por otra parte, el documento de legitimación se emite con la finalidad legitimadora (es condición suficiente para el ejercicio del

## 2.2.- Características del contrato de tarjeta de crédito.-

Gherzi señala para el contrato de tarjeta de crédito las siguientes características:

1- **Plurilateral.** Del haz de vínculos jurídicos que emanan, nacen obligaciones para cada uno de los sujetos integrantes: entidad, usuario y proveedor. Se podría hablar más convenientemente de tres contratos bilaterales.

2- **Oneroso:** Las ventajas que aseguran al contratante son concedidas en virtud de la contraprestación que éste debe satisfacer. La onerosidad se verifica en cada una de las relaciones particulares del sistema.

3- **Consensual:** La perfección del negocio acaece al momento de prestar las partes el consentimiento. Desde que el contrato queda concluido comienza a producir sus efectos. Por supuesto, el acuerdo se cumple por etapas: entre la empresa y el cliente, entre la empresa y el comerciante; por último, el mecanismo se pone en marcha cuando el usuario contrata sobre bienes y servicios con el comerciante proveedor.

4- **Conmutativo:** El valor de las distintas prestaciones se halla determinado en el momento de la celebración del contrato. Además, se presumen equivalentes.

---

derecho) y no circulatoria, a diferencia del título valor. Ejemplos de documentos de legitimación son la ficha del guardarropa, el carnet de socio, el resguardo del depósito. La transmisión de los títulos valores impropios opera conforme a la ley de emisión-circulación (nominativos, a la orden y al portador) sin que sea necesaria la notificación al deudor. No obstante, los efectos de la transmisión son los mismos de la cesión ordinaria: oponibilidad de excepciones, personales y reales, derivadas de las relaciones precedentes. En los documentos de legitimación, la cesión opera como en los títulos ordinarios, exige la notificación al deudor y al presentador se le pueden oponer todas las excepciones derivadas de las relaciones anteriores. El procedimiento especial de amortización de los títulos valores se aplica a los títulos impropios y a los documentos de legitimación, con la especialidad que la prueba positiva para el sujeto interesado es inversamente proporcional al principio de apariencia, máxima en el título valor y mínima en el documento de legitimación. En el título impropio debe demostrar, además de identidad y condición de parte en la relación fundamental, que perdió la posesión por robo o extravío. En el documento de legitimación basta con probar su condición de parte en la relación fundamental."ARROYO MARTINEZ Ignacio, Reflexiones en torno a los denominados Títulos Valores Impropios y Documentos de Legitimación en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, a cargo de Antonio Polo, Rodrigo Uría y otros, La Ley, Tomo I, 1994, pp. 185-186.-El artículo 2002 del Código Civil italiano, tutela los documentos de legitimación y títulos impropios así:

"2002. Documentos de Legitimación y títulos impropios.- Las normas de este título no se aplican a los documentos que sirven solo para identificar al derechohabiente a la prestación o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión".- En el plano de Derecho Positivo, porque el art. 2002 excluye la aplicación de la disciplina de los títulos de crédito a aquellos documentos que "sirven para permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión". MARTORANO Federico, Lineamenti Generali dei Titoli dei Credito e Titoli Cambiari, 1979, p.11.- El Código de Comercio de Costa Rica artículo 686. Conf. GETE-ALONSO Y CALERA, op. cit., p.12.-

5- **Atípico:** Más allá de la carencia de una regulación específica, la difusión de las tarjetas de crédito en la vida comercial urbana, le ha conferido una verdadera tipicidad social. De ahí su propia naturaleza y dificultad de aplicar subsidiariamente otra figura contractual.

6- **De Tracto Sucesivo:** Los efectos de la suscripción de una tarjeta de crédito se prolongan en el tiempo, esto es, las prestaciones no se agotan simultáneamente, sino que se extienden sus consecuencias durante toda la vigencia del documento.

7- **No formal.** No se exigen formalidades legales, sin perjuicio de los modos probatorios.

8- **De empresa y por adhesión:** A consecuencia del giro ordinario del negocio, disponibilidad de crédito y estructura de apoyo, se configura un típico contrato de empresa. La masividad en la demanda determina la creación de condiciones generales a las cuales los clientes adhieren o no, pero no pueden modificar.

9- **De crédito:** Asume una función de crédito para el usuario consumidor, al permitir el aplazamiento en el pago de sus operaciones.<sup>316</sup>

### 2.3.- Elementos personales de los sistemas de tarjetas de crédito.

a. **Emisor:** El emisor de una tarjeta de crédito es la persona que la expide y entrega al titular y asume frente a los establecimientos adheridos el compromiso de hacer efectivo el importe de las facturas cubiertas por su garantía.

b. **entidad de franquicia:** Es la persona propietaria o titular de la marca que ampara la tarjeta de crédito, con cuya autorización expide y entrega al emisor.

c. **Contratante.** Es la persona que acuerda con el emisor la expedición de la tarjeta de crédito y asume la obligación de atender los cargos que se deriven de su utilización.

d. **garantes.** Pueden incluirse en el contrato aquellos garantes que fueren necesarios, tales como fiadores o avalista ( utilizado en sentido atécnico, puesto que el régimen de la responsabilidad asumida por el garante no resulta identificable con el derivado del aval propio o cambiario).

e. **Titular de la tarjeta de crédito:** es la persona autorizada por el emisor para utilizarla. Puede ser la misma persona o un beneficiario.

---

<sup>316</sup>GHERSI, op. cit., pp. 197 y s.



f. **establecimiento adherido o asociado**: se designa al empresario o profesional que, en virtud de acuerdo previo con el emisor, admite la utilización de la tarjeta de crédito como de facilitación de los pagos que le son debidos.<sup>317</sup>

### 3. Contrato bilateral entre emisor y tarjetahabiente.

La relación jurídica en el contrato de tarjeta de crédito es triangular, aunque no necesariamente esa, es decir, puede ser bilateral<sup>318</sup>, está compuesta, según López Frías, de tres contratos, el primero entre emisor y establecimiento vendedor, el segundo entre emisor y usuario y el tercero entre usuario y establecimiento y todos conducen a la realización de una misma finalidad económica, el intercambio sin desembolso inmediato de dinero.<sup>319</sup>

Para llegar a la formación del contrato, es necesaria la invitación al consumidor con el fin de que éste formule la necesidad de ser considerado adherente para lo cual debe la empresa examinar previamente las referencias crediticias del solicitante y su solvencia económica.<sup>320</sup>

El negocio requiere un número mínimo de usuarios y establecimientos, el régimen en sí obliga a la predisponente a la formación de un contrato base y uniforme, donde se fijarán los derechos y obligaciones de las partes, siendo en consecuencia, un contrato escrito rodeado de documentos complementarios tales como garantías, etc., pero con condiciones generales impuestas no discutidas previamente.

#### 3.1.- Naturaleza jurídica de la relación contractual.

Es el contrato de tarjeta de crédito es un contrato bilateral, (sinalagmático), de adhesión (en serie), de ejecución continuada, y escrita, intuitu personae<sup>321</sup>, donde el predisponente como

<sup>317</sup>JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo, voz "Tarjeta de Crédito" en Enciclopedia Jurídica Básica, T IV, 1995, p. 6470.

<sup>318</sup> Se dan en singulares unidades de distribución de la empresa y el adquirente, FIALE Aldo, Diritto Commerciale, 1996, p.617.-

<sup>319</sup>LOPEZ FRIAS, op. cit., pp. 76-77.-

<sup>320</sup>"4.2.1 First the collection of personal details, possibly including income, occupation, home ownership, previous credit and address. Even medical records are flagged as a possibility... 4.2.2. Next the collection of transactions, records of time, date and location of purchases along with details of all purchases, telephone use, car parking, ..." CARD WARS - THE BATTLE FOR LOYALTY. Who Will control the knowlegde-based society? tomado de la Australian Consumers' Association, a través de la red INTERNET (<http://www.sofcom.com.au/ACA/Speeches/Cardwars.html>.)

sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte -llamado adherente- deberá prestar su adhesión total, si desea contratar, por lo que, como bien relaciona Uría<sup>322</sup> en la mayor parte de los contratos mercantiles la igualdad es puramente teórica, por ocupar una de las partes (el empresario) una posición económica tan fuerte y privilegiada que le permite imponer su ley a los clientes.

**Ese contrato atípico mercantil socialmente típico, es producto de la libertad contractual**<sup>323</sup>. Ya las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique<sup>324</sup>, significa lo anterior, que el adherente no puede discutir la estructura contractual básica que conduce a la preponderancia de la relación que incorporada en un formulario tutela el contenido del convenio.

En el contrato-formulario de tarjeta de crédito, la emisora luego de predisponer las cláusulas que integrarán el acuerdo, donde no existió la fase de las tratativas preliminares, (característica del contrato de adhesión) celebra con los adherentes la emisión del instrumento a favor de éstos<sup>325</sup> incluye al contrato dicho la siguiente cláusula:

"23. ACEPTACION DEL CONTENIDO DE ESTE CONTRATO:  
El tarjetahabiente manifiesta que ha leído con detenimiento todas y cada una de las cláusulas de este contrato, que en los casos de duda ha consultado y le han sido explicadas y ha quedado satisfecho y con pleno conocimiento de su contenido; que es un contrato con cláusulas de alcance colectivo o múltiple, contrato para el que -como elemento fundamental para la finalidad y el éxito de las transacciones ahí contempladas en beneficio de ambas partes -debe asegurarse la mayor uniformidad posible en las contrataciones de los tarjetahabientes, y para ello ha sido redactado conteniendo condiciones generales que el tarjetahabiente, después de su lectura y estudio, acepta." (suplido el subrayado).

---

<sup>321</sup>SIMON, op. cit., p. 84.-

<sup>322</sup>URIA Rodrigo, Derecho Mercantil, 1992, pp. 560 y s.

<sup>323</sup>CHULIA VICENT, op. cit., T.I., p. 135.-

<sup>324</sup>Los contratos de adhesión han existido siempre y siguen existiendo ahora, aunque, ciertamente, alcanzan una difusión cada vez mayor debido a las exigencias de la vida moderna, tales como necesidad de celeridad en la conclusión de los convenios, de evitación de negociaciones odiosas cuando solo se está dispuesto a contratar en los términos ofrecidos, y de uniformidad (standardización) en la redacción de modelos establecidos para la contratación en masa. ALBALADEJO Manuel, Derecho Civil, Tomo II volúmen primero, 1994, p. 408.

<sup>325</sup>GHERSI, op. cit., p. 195.-

Bien relacionó Viguri Perea, que en los contratos de adhesión el proponente fija las condiciones mediante una fórmula (donde incluye las estipulaciones tipo o standard) que impone a los posibles aceptantes, de modo que a éstos no les queda sino aceptar (adherirse haciendo honor a su nombre) o rechazar el modelo que se les ofrece, y a veces ni eso.<sup>326</sup>

El consumidor tiene derecho a recibir información clara y veraz en su relaciones de consumo, especialmente en lo que se refiere a las contrataciones mercantiles atípicas como el contrato de tarjeta de crédito, abundante en cláusulas prerredactadas, que no son discutidas y muchas de ellas son nulas por contenido, otras por aplicación. La “aceptación” que relaciona la citada cláusula se considera impuesta, nunca discutida ni se permite al adherente variar el contenido de uno o varias cláusulas.

### 3.3.- cláusulas relativas a la formación del contrato

El contrato analizado en esta investigación, fue suscrito en diciembre de 1995. Para ese entonces, ya había entrado en vigencia la ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, que contiene en los artículos 141 a 150 la agrupación de interés financiero y reformas entre otras, a los artículos 497, 498 y 611, todos del Código de Comercio.

#### 2.1.3. La integración publicitaria del contrato

Gómez Calero relaciona que el término “integración” pretende designar “la composición de la norma reguladora de la relación contractual”, se denomina “integración del contrato” al “fenómeno jurídico-normativo de determinar y combinar las fuentes normativas reguladoras de la relación contractual en su totalidad” y se puede afirmar que **la integración publicitaria del contrato** consiste, en esencia, en la incorporación del contenido obligacional del mensaje publicitario al contrato que en virtud del mismo se celebre, de tal modo que aquel contenido se erija en norma convencional reguladora del contrato y venga a completar el conjunto de las obligaciones exigibles por el consumidor o usuario contratante.<sup>327</sup>

Para ello, el numeral 34 de la ley 7472, en sus párrafos 1 y siguiente, relacionan:

---

<sup>326</sup> VIGURI PEREA, op. cit., p. 12.-

<sup>327</sup> GOMEZ CALERO, op. cit., pp. 77-78.-

La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor.

Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

Vallespinos afirma que en el marco ideológico, político y socio-económico argentino se ha logrado una serie de reivindicaciones por los derechos de los consumidores, en virtud de la sanción de la ley 24240, destacando la necesidad de replantear el iter formativo del contrato para un sistema de contratación de masa en el que, en buena medida, la publicidad comercial reemplazó a los tratos previos de que se ocupó el derecho civil tradicional. Existía toda una mutación del contrato personal y previo al contacto social y mecanizado. De allí la acorde reivindicación por adaptar el Derecho a la realidad económica ubicando a la publicidad dentro del marco de los deberes y responsabilidades contractuales.<sup>328</sup>

En efecto, la publicidad comercial, como actividad de divulgación de un producto o servicio dirigido al consumidor y con finalidad mercantil<sup>329</sup>, elabora la propuesta de venta en el caso de la tarjeta de crédito indicando por ejemplo, en la publicación que se dirá en los anexos, un tipo de interés corriente, que de aceptarse por el consumidor, puede considerarse no modificable, toda vez que la invitación no expresa que el tipo de réditos permita su variación, por lo que, si el emisor varía los términos de la oferta, se está en presencia de publicidad engañosa que afecta necesariamente la transparencia del mercado y la información clara y veraz que ha de recibir el consumidor para ejercer su derecho de elección antes del acto de consumo.

De conformidad con los artículos 34 y 53.1, ambos de la ley 7472, se puede presentar a la Comisión Nacional del Consumidor, la denuncia para lograr la denominada publicidad correctiva<sup>330</sup>, el legitimado activo será el consumidor<sup>331</sup> -art. 53.1 citado- como principal y

---

<sup>328</sup> VALLESPINOS, op. cit., pp. 492-493.-

<sup>329</sup> conf. GALVAN, op. cit., p. 501.-

<sup>330</sup> la “corrective advertising” reflexiona sobre a) la existencia de una publicidad engañosa, b) Relación causa-efecto de la falsedad y adquisición del producto, c) pervivencia de los efectos perniciosos en las mentes de los consumidores. CHULIA VICENT, op. cit., Tomo II, p. 502.-

<sup>331</sup> En Alemania el consumidor individual no está legitimado para actuar contra un anuncio engañoso, en Bélgica, la opinión ha sido objeto de controversias, y la Ley española para la Defensa de los Consumidores

las organizaciones de consumidores <sup>332</sup> pueden intervenir en calidad de coadyuvantes - art. 51-, y el legitimado pasivo será el comerciante (art. 34.4) pero hay que distinguir del consumidor individual si adquirió el producto o servicio o si requiere de tutela genérica y la medida sancionadora tenderá a eliminar los efectos residuales de la publicidad anterior y persuade a cualquier anunciador de que su publicidad engañosa puede darle más perjuicios que beneficios.<sup>333</sup>

Como se relacionó supra, el contrato de tarjeta de crédito representa en el fondo la apertura de crédito<sup>334</sup>, p.ej. así consta de un contrato de emisión de tarjeta de crédito suscrito en diciembre de 1995, cuya cláusula primera, punto (a) establece:

"Crédito o crédito revolutivo" el crédito o créditos de tiempo en tiempos otorgados al tarjetahabiente como consecuencia y en virtud del uso de la tarjeta"

Asimismo, la cláusula cuarta del citado formulario relaciona:

"4. El crédito: Para los propósitos anteriormente dichos el Emisor abre al tarjetahabiente un crédito revolutivo hasta por el límite de crédito, crédito que se utilizará a través de las obligaciones y pagos a terceros que el Emisor asuma o haga por cuenta del tarjetahabiente, como consecuencia del uso de la tarjeta. El tarjetahabiente queda obligado a pagar al emisor las sumas que disponga en virtud de este crédito con sus accesorios y demás cargos..."

Muchas de las cláusulas adhesivas incorporadas en el contrato relacionado, exoneran o limitan la responsabilidad del predisponente, para ello el párrafo in fine de la cláusula 3 indica:

---

y Usuarios de 19 de julio de 1984, en su artículo 8.3 reconoce a las asociaciones de consumidores para los supuestos de publicidad engañosa la posibilidad de ejercitar la acción de cesación. BACHARACH DE VARELA Sol, La acción de cesación para la represión de la competencia desleal, 1993, p. 131.-

<sup>332</sup> Las asociaciones de consumidores asumen la defensa de dos tipos de intereses... y hay otros daños que más bien son colectivos y afectan a un grupo no definido: son los que resultan de un mensaje publicitario engañoso. LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil, Vol. I, 1985, p 486 citado por ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 136.-

<sup>333</sup> GALVAN, op. cit., p. 506.-

<sup>334</sup> Conf. PARIS RODRIGUEZ, op. cit., p.6.

"3... Asimismo, el uso de la tarjeta está regulado por límites de disponibilidad y por procedimientos de consultas establecidos por el sistema ... o por el emisor, todo lo cual el tarjetahabiente lo acepta eximiendo al emisor de cualquier responsabilidad que pudiera resultar o pretender por el rechazo o no aceptación de la tarjeta en cualquier circunstancia."

Y esto es factible que suceda, verbigracia, la cancelación anticipada del crédito por mora<sup>335</sup> en el pago del tarjetahabiente que no obstante su obligación de pagar la cuota periódica que corresponda de acuerdo con el extracto o estado mensual incumpla el mismo.

### 3.3.1. Cláusula de interés en el contrato de tarjeta de crédito.

El contrato otorga al tarjetahabiente el crédito como consecuencia y en virtud del uso de la tarjeta, y como el crédito se expresa en dinero y se mide en tiempo, su precio es el interés en cuyos términos de medición son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero prestado.<sup>336</sup>

En efecto, el convenio relaciona la cláusula relativa al interés de la siguiente forma:

"6. PAGOS. El tarjetahabiente se obliga a pagar al Emisor, en Dólares y dentro del plazo estipulado en el Estado de cuenta, lo siguiente:

a)...

b)...

c) Intereses **corrientes** del **1.66%** mensual más un cargo por servicio del ... % también mensual, en ambos casos sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta. De existir saldo en **mora**, se cargará la cuenta con una tasa mensual del **2.50%** sobre los saldos atrasados. La mora se producirá por el simple retardo de el tarjetahabiente en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo y a favor del Emisor, sin necesidad de requerimiento o intimación. **El interés tanto corriente**

<sup>335</sup>Incluso puede darse en el período denominado "premora" que puede abarcar de 1 a 30 días en el atraso en el pago periódico, si se considera a la mora en el pago la que pase del mes.

<sup>336</sup>VILLEGAS Carlos Gilberto y SCHUJMAN Mario, Intereses y Tasas, 1990, p.44.

**como moratorio podrá ser variado de tiempo en tiempo por el Emisor**, lo cual comunicará este por escrito al Tarjetahabiente... Los pagos que realice el Tarjetahabiente se imputarán primero a intereses moratorios y gastos de cobranza, en su caso; luego a intereses corrientes; luego cargos por servicios, retiros en efectivo, y otros cargos y finalmente adeudos de principal originados en el uso de la Tarjeta para la adquisición de bienes u obtención de servicios o adelantos de efectivo si estos fueran autorizados por el Emisor."

Nótese que la cláusula determina el método a utilizar, relacionando que:

"...en ambos casos sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta..."

no obstante, no especifica la cláusula dicha si el cálculo se hará sobre tiempo ordinario, tiempo exacto, incluyendo compras o sin ellas, etc.

La Federal Trade Commission de Estados Unidos de América, recomienda antes de seleccionar una tarjeta de crédito, el análisis cuales de las condiciones y términos del crédito.<sup>337</sup>

Sin embargo, de la relación que se dirá, se demostrará como es posible determinar el abuso en la cláusula por el contenido y la aplicación, sobre todo cuando se viola el derecho imperativo como uno de los límites a la libertad contractual.

### 3.3.2. Cláusula de las cargas financieras.

El crédito tiene su costo, y el contrato-formulario en sí, expresa en lo relativo a la carga financiera lo siguiente:

---

<sup>337</sup>CHOSSING AND USING CREDIT CARDS, FACTS FOR CONSUMERS FROM THE FEDERAL TRADE COMMISSION, tomado de la Red INTERNET (<http://Seamless.com/talf/ftc/16.html>)

"6. PAGOS.El tarjetahabiente se obliga a pagar al Emisor, en Dólares y dentro del plazo estipulado en el Estado de cuenta, lo siguiente:

a)...

b) Los cargos previstos en este contrato o en sus anexos.

c) ... más un cargo por servicio del 0.84 % también mensual, en ambos casos sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta.

d) las cantidades que el Emisor determine por la emisión de la tarjeta para uso del tarjetahabiente y por la emisión de cada Tarjeta adicional solicitada por el Tarjetahabiente y aprobada por el emisor. Aunque estos cargos se hayan hecho por un determinado período y este no llegue a cumplirse, no serán reembolsados ni total ni parcialmente por ninguna circunstancia, ya que los mismos se originan y consumen por el hecho mismo de la Emisión de la tarjeta o tarjetas.

El Emisor podrá establecer otros cargos por servicios prestados al Tarjetahabiente, los cuales quedarán vigentes con previo aviso escrito 30 días de antelación... Los pagos que realice el Tarjetahabiente se imputarán primero a intereses moratorios y gastos de cobranza, en su caso; luego a intereses corrientes; luego cargos por servicios, retiros en efectivo, y otros cargos y finalmente adeudos de principal originados en el uso de la Tarjeta para la adquisición de bienes u obtención de servicios o adelantos de efectivo si estos fueran autorizados por el Emisor."

Igualmente, existen otras cláusulas referentes a los cargos, destacando:

"9. VARIACIONES DE LOS PORCENTAJES, MONTOS, TASAS, ETC. Todos los porcentajes, montos, tasas, etc. previstos en este contrato, en la solicitud de crédito o en documentos anexos, aplicables a cargos, intereses, etc. que deba cubrir el tarjetahabiente, podrán ser variados por el Emisor, pero la variación surtirá sus efectos hasta después de treinta días desde la notificación respectiva al Tarjetahabiente por escrito."



El cargo financiero<sup>338</sup> según la cláusula sexta del convenio de tarjeta de crédito, es previamente determinado por uno de los métodos más comunes -saldos promedios diarios-, sin embargo, como los cargos pueden ser modificados, según lo establece la cláusula 9 del contrato, el monto de los cargos financieros puede aumentar de acuerdo con el costo del crédito, sin embargo, lo que no refiere la cláusula es si el cálculo se efectúa con tiempo exacto o tiempo ordinario, incluyendo compras o sin incluirlas. La Truth in Lending Act de Estados Unidos de América requiere de los acreedores dar información segura básica acerca del costo de comprar al crédito, y que significa que el acreedor dará el método a utilizar<sup>339</sup>, y no solo esa ley, sino que también aplica la Fair Credit and Charge Card Disclosure Act<sup>340</sup> y otras como Fair Credit reporting Act y Fair Credit Billing Act.<sup>341</sup>

Lo que no relaciona la cláusula de los cargos, es si para el cálculo se incluyen nuevas compras o no, y con los cuadros que se dirán, se demuestra que existe diferencia en el cálculo de los cargos :

tabla # 1.-

|                | <b>saldos promedios<br/>diarios (<u>incluyendo<br/>nuevas compras</u>)</b> | <b>saldos promedios diarios<br/>(<u>excluyendo nuevas<br/>compras</u>)</b> |
|----------------|--|--|
| cargo mensual  | 1 1/2% mensual   | 1 1/2% mensual   |
| saldos previos | \$400,00   | \$400,00   |

<sup>338</sup> La carga financiera anual no es otro que el tipo efectivo resultante de incrementar al módulo nominal todas las comisiones y algunos gastos que encubren costes susceptibles de estar subsumidos en tal coeficiente o ratio de interés, pero cuya presentación por separado da origen a que se hable de un tipo de coste efectivo, equivalente al realmente satisfecho por el consumidor por comparación entre la cantidad recibida como financiación y la devuelta por éste al final del período, si bien convertidos ambos parámetros a una dimensión homogénea, cual es la valoración actual de las cantidades pagadas en el período de reembolso, o lo que es lo mismo, restar a los futuros pagos un interés dado y si esta substracción iguala a la cantidad prestada resultan equivalentes ambos valores actuales. En la obtención del coste de financiación, es elemento esencial el factor tiempo, y por sentencia de la AP de Bilbao rechaza el denominado año comercial equivalente a 360 días pues hay obligación legal de fijar el cómputo anual en 365 días. RIVERO ALEMAN, op. cit., pp. 161-163.-

<sup>339</sup> otros métodos de cargos financieros son: "Adjusted balance method, creditors take the amount you owed at the beginning of the billing cycle, and subtract any payments you made during that cycle" "Previous balance method, creditors simply use the amount owed at the beginning of the billing cycle to come up with the finance charge." "The two cycle average daily balance method, creditors use the average daily balances for two billing cycles to compute your finance charge. Again, payments will be taken into account in figuring the balances, but new purchases may or may not be included. CONSUMER HANDBOOK TO CREDIT PROTECTION LAWS, Cost of Credit, tomado de la RED INTERNET ([gopher://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186](http://gopher://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186)) La Truth-in-Lending Act es una ley Federal. BARRONS, LAW DICTIONARY, 1991, p.505.- Igualmente, véase el inciso c) del artículo 34 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, decreto ejecutivo 24553-MEIC ya derogado, hoy inciso c) del artículo 43 Decreto 25234-MEIC, actual Reglamento a la ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>340</sup> CHOSSING AND USING CREDIT CARDS, FACTS FOR CONSUMERS FROM THE FEDERAL TRADE COMMISSION, tomado de la red INTERNET, (<http://seamless.com/talf/ftc/16.html>)

<sup>341</sup> Véase el Considerando VII de fallo #81 de Sala Primera Civil de 15 horas de 20/05/92.-

|                           |  |  |
|---------------------------|--|--|
| nuevas compras            | \$50,00  | \$50,00  |
| fecha de compra           | 18 del mes                                     | 18 del mes                                     |
| pagos                     | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 |
| saldos promedios diarios  | \$270,00*                                      | \$250,00**                                     |
| <b>cargos financieros</b> | <b>\$4,05</b><br>(1 1/2% x \$270,00)           | <b>\$3,75</b><br>(1 1/2% x \$250,00)           |

\* para figurar en los saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 3 \text{ días}) + (\$150 \times 12 \text{ días}) 30 \text{ días} = \$270,00$

\*\* para figurar en los saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 15 \text{ días}) 30 \text{ días} = \$250,00$ .<sup>342</sup>

El cálculo de los cargos financieros en este cuadro se hace sobre la base de 360 días, denominado período de tiempo ordinario<sup>343</sup>, no sobre la base de tiempo exacto, esto representa un aumento en la captación mensual por concepto de cargo financiero, esto sin considerar la indexación de la carga a tipos mensuales exorbitantes de acuerdo con la modificación practicada y en estricto apego a la cláusula novena del contrato ya relacionado, donde definitivamente los intereses económicos y sociales de los consumidores se ven seriamente lesionados.

En efecto, el método incluyendo compras es más oneroso para el usuario y beneficioso para el empresario, no obstante, de conformidad con los numerales 29 incisos b) y c) y 39, ambos de la Ley de Promoción de la competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no siendo conocidos por el adherente la condición general en cuanto al cargo financiero, el mismo, de acuerdo al numeral 43 de la misma ley, permite al consumidor lograr la nulidad

<sup>342</sup>el cuadro fue tomado de CHOSSING AND USING CREDIT CARDS, FACTS FOR CONSUMERS FROM THE FEDERAL TRADE COMMISSION, tomado de la red INTERNET (<http://seamless.com/talf/ftc/16.html>)

<sup>343</sup>El interés ordinario, también conocido como regla de los banqueros, se usa con frecuencia en las operaciones comerciales. Sin embargo, el término regla de los banqueros, se está volviendo menos aplicable a este método de calcular intereses. Muchos bancos ya han cambiado esta política y ahora se calculan los intereses utilizando 365 días para el año. En algunos casos, el cambio se ha hecho como respuesta a las quejas de los consumidores... Utilizando la fracción de tiempo 365/360 en lugar de 365/365 le da al prestamista 5 días de intereses adicionales... HIGHLAND Esther y ROSENBAUM Roberta, Matemáticas Financieras, 1994, p.234.- **Recuérdese que c = capital, r = interés y t = tiempo, A)  $I = c.r.t./360$ , B)  $I = c.r.t./365$ ,  $A > B$ , entonces el interés resultante en A) será mayor que en el B), al dividir por una cantidad inferior.** RIVERO ALEMAN, op. cit., pp. 285-286.-

de la cláusula abusiva. (Se aclara que el procedimiento para la determinación de la carga financiera, utiliza las mismas operaciones que para la tasa de interés, pues el cargo se expresa en "porcentaje".)

Aún así, si se realiza el cálculo sobre 365/365 días y no 365/360, la diferencia será aún mayor, según se ve de la tabla #2:

-  
tabla # 2.

|                               | <b>saldos promedios diarios<br/>(<u>incluyendo</u><br/><u>nuevas compras</u>)</b> | <b>saldos promedios diarios<br/>(<u>excluyendo nuevas</u><br/><u>compras</u>)</b> |
|-------------------------------|---|---|
| cargo mensual                 | 1 1/2% mensual(18% a)   | 1 1/2% mensual (18% a)  |
| saldos previos                | \$400,00  | \$400,00  |
| nuevas compras                | \$50,00   | \$50,00   |
| fecha de compra               | 18 del mes  | 18 del mes  |
| pagos                         | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00                                    | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00                                    |
| saldos promedios<br>diarios   | \$266,35*   | \$246,22**  |
| <b>cargos<br/>financieros</b> | <b>\$3,995</b><br>(1 1/2% x \$266,35)   | <b>\$3,69</b><br>(1 1/2% x \$246,22)  |

\* para figurar en los saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 3 \text{ días}) + (\$150 \times 12 \text{ días})$  30.416 días (tiempo exacto 365/12) = \$266,35

\*\* para figurar en los saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 15 \text{ días})$  30.416 días (tiempo exacto 365/12)= \$246,22.

En síntesis, los cargos financieros pueden interpretarse de acuerdo con la tabla # 3:

tabla # 3.-

| {PRIVATE }                     | <b>saldos<br/>promedios<br/>diarios<br/>(<u>incluyendo</u><br/><u>nuevas</u><br/><u>compras</u>)<br/>tiempo<br/>ordinario</b> | <b>saldos<br/>promedios<br/>diarios<br/>(<u>excluyendo</u><br/><u>nuevas</u><br/><u>compras</u>)<br/>tiempo<br/>ordinario</b> | <b>saldos<br/>promedios<br/>diarios<br/>(<u>incluyendo</u><br/><u>nuevas</u><br/><u>compras</u>)<br/>tiempo exacto</b> | <b>saldos<br/>promedios<br/>diarios<br/>(<u>excluyendo</u><br/><u>nuevas</u><br/><u>compras</u>)<br/>tiempo<br/>exacto</b> |
|--------------------------------|---|---|--|--|
| cargo mensual                  | 1 1/2 mensual   | 1 1/2 mensual   | 1 1/2 mensual  | 1 1/2 mensual  |
| saldos<br>promedios<br>diarios | \$270,00  | \$250,00  | \$266,35   | \$246,22   |
| <b>cargos<br/>financieros</b>  | <b>\$4,05</b>   | <b>\$3,75</b>   | <b>\$3,995</b>   | <b>\$3,69</b>  |

Indiscutiblemente, la columna de la derecha señala el monto más ventajoso para el consumidor, todo de acuerdo al método que se utilice.

Ahora bien, existirá el principio "in dubio pro consumidor" ? Efectivamente si, véase el párrafo final del numeral 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, donde la interpretación de las cláusulas ambiguas se dan en favor del adherente o lo que es lo mismo, en contra del predisponente.

Los datos numéricos representados en las tablas, como se sabe, expresan una parte de la realidad, pues existen otros métodos que aplican en el aspecto de las cargas financieras y su

indexación, y habrá que relacionarlos para verificar cual puede ser el más beneficioso, no obstante, el método analizado corresponde al constante en el contrato.

Ahora bien, en relación con el Estado de cuenta que se envía al tarjetahabiente, se desprende que: los cortes de la cuenta se efectúan cada 28 de mes, día en que los cargos por servicios se cargan a la cuenta, (para ello basta la simple operación aritmética sumatoria) para determinar lo dicho. El corte cada 28 es significativo de utilización del sistema días/360 y no el días/365.

El estado de cuenta, refleja lo que se denomina cargos por servicios y cargos por servicios bonificables. En el primer caso, el cargo por servicio consiste en la financiación otorgada, - intereses y cargas financieras- y en el segundo, corresponde a los intereses que pueda corresponder por las compras del mes y que si el tarjetahabiente cumple con el pago mínimo, utiliza ese cargo como parte de la financiación. Estos dos renglones, mes a mes, incrementan el principal adeudado por el tarjetahabiente, confundiendo el emisor al usuario y es precisamente esa falta de información la que conduce a la nulidad sea por contenido o aplicación de las condiciones generales en la contratación, en este caso, en defensa del consumidor.

### 3.3.3. Cláusula de renuncia de acceso a la justicia.

El contrato relaciona para el adherente y en varias cláusulas las renunciaciones correspondientes sobre el acceso a la justicia:

"7. IMPUESTOS, OTRAS DEDUCCIONES Y GASTOS: ... Si el Tarjetahabiente fuere obligado por una ley a deducir o retener alguna suma o por cualquier motivo, incrementará la cantidad girada de tal modo que el Emisor reciba a su vencimiento la suma completa a que tiene derecho bajo este contrato, ya que se conviene que los pagos sean netos, y que cualquier cargo por cualquiera de los conceptos expresados o por cualquier otro motivo, sea absorbido por el Tarjetahabiente, **quien renuncia expresamente, aún en las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, a invocar cualquier derecho, ventaja, excepción, defensa, demanda, contrademanda, acción o reclamo de o para pagar** a su acreedora en otra moneda que sea la pactada, o a entregar una suma menor o a suspender sus pagos..."

"20. TRANSACCION INTERNACIONAL. DIVISAS: Las transacciones que se realicen fuera de Costa Rica, en todo caso son y serán consideradas como transacción financiera internacional amparada a la Ley de la Moneda de la República de Costa Rica, incluyendo los pronunciamientos de la Sala Constitucional emitidos al respecto. Por lo tanto, el pago en Dólares de dichas transacciones es parte esencial y el tarjetahabiente se compromete expresamente a hacer todos los pagos relativos a esas transacciones necesariamente en Dólares, siendo ésta parte esencial para el otorgamiento de esta Tarjeta al Tarjetahabiente por lo que el Tarjetahabiente reconoce asimismo su obligación de hacer esos pagos en esa moneda es de tal naturaleza **que declara no será afectada por razones de ninguna índole, y que no aducirá eximentes como casos de fuerza mayor o casos fortuitos y renuncia expresamente a cualquier derecho, ventaja, excepción, defensa, demanda, contrademanda, acción o reclamo de** o para pagar en otra moneda o entregar una suma menor o suspender los pagos u objetar las acciones o el derecho del Emisor de ser pagado en Dólares".

"21. CANCELACION ANTICIPADA: Cualquier atraso en el pago de la Fecha límite indicada en cualquier Estado de Cuenta, dará derecho al Emisor a dar por cancelado este contrato, y por vencido el plazo de este contrato, y le otorgará además la facultad de cobrar la totalidad de los cargos presentes y futuros por la vía judicial por medio de la letra de cambio que en este acto se suscribe, expresamente reconoce el Tarjetahabiente que dicho título ejecutivo es independiente y autónomo y por tanto voluntaria y **conscientemente renuncia a utilizar en su descargo el presente contrato...**"

El mismo voto 3495-92 de la Sala Constitucional, en su considerando XVI hizo énfasis que la disposición del párrafo 2 del artículo 6 de la ley de la Moneda, violaba el derecho de acceso a la Justicia, recogido en el artículo 41 Constitucional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las cláusulas citadas, también violan ese derecho garantizado constitucionalmente con la renuncia anticipada.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> Véase además, el voto 1739-92 de la misma Sala Constitucional y art. 39 párrafo 2 inciso g) de la ley 7472.- Véase CALZADA MIRANDA Ana Virginia, El acceso a la justicia como derecho fundamental, en Revista IVSTITIA, , octubre de 1993, año 7, # 82, pp. 6-7.-

Por otro lado, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558, publicada en el alcance 55 de la Gaceta 225, el día 27 de noviembre de 1995, establece en el numeral 166 de la citada ley, la adición de un párrafo al artículo 611 del Código de Comercio y en lo que interesa relaciona:

"Artículo 611.- ... También tendrán el carácter de título ejecutivo las certificaciones de los saldos de sobregiros en cuentas corrientes bancarias y de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito, expedidas por un contador público autorizado."

La cantidad debida, de acuerdo con los numerales 43 a 48 de la ley 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, de 27/11/95, que a su vez derogó expresamente la Ley de la Moneda, ver artículo 170, permite cancelar a opción del deudor en colones.

La anterior reforma<sup>345</sup> -del art. 611 del Código de Comercio- ocurre por cuanto la letra de cambio que el contrato de tarjeta de crédito relaciona, es nula toda vez que la misma no cumple con el requisito mínimo formal b) del artículo 727 del Código de Comercio, que como solemne, esencial y no probatorio es indispensable para completar el título, pues no existe declaración de voluntad por la supuesta obligación, ya que en el momento de la declaración (entiéndase firma del contrato) no se adeuda suma alguna y como consecuencia del principio de literalidad será necesario que la letra deba librarse sin condición o modo alguno, de lo contrario, perderá su función de título cambiario y su destino circulatorio. Ese mandato, que expresa el inciso de comentario, es una orden, no un mandato en sentido estricto, que el librador dirige al librado, de pagar determinada suma. Así, toda relación de la letra con otro negocio, y las consabidas razones de condicionamiento, -resolutoria o suspensiva- carecen de validez. Se quiere por tanto, evitar las circunstancias extracambiarías en el documento, de lo contrario, se reitera, la aptitud circulatoria se pierde.<sup>346</sup>

La ley en ese sentido, ha hecho de la letra de cambio un negocio jurídico esencialmente incondicional, es decir, no tolera condiciones. Ahora bien, siendo que la letra de cambio se haya librado como garantía de un contrato de tarjeta de crédito no existirá ese mandato puro

---

<sup>345</sup>sobre la certificación de Contador Público Autorizado, consúltese el voto 1003-96 del Tribunal Superior Primero Civil de San José.-

<sup>346</sup>Conf. IGLESIAS PRADA Juan Luis, El libramiento de la letra de cambio en Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque, 1992, p. 397. GOMEZ LEO Osvaldo, Manual de Derecho Cambiario, 1991, pp.69-70, LA LEGISLAZIONE CIVILE ANNOTATA con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Pietro Perlingieri, 1985, p. 13, MARTORANO op. cit., pp. 293-294.- RENGIFO Ramiro, La Letra de Cambio, 1986, pp. 30-31.- HUECK Alfred y CANARIS Claus Wilhelm, Derecho de los Títulos-Valor, 1988, p. 81.-

y simple de pagar determinada cantidad, toda vez que desde el momento mismo de la aceptación, el librado aceptante en ese momento NO adeudaba suma de dinero alguna a la emisora por lo que la ausencia del requisito mínimo formal es patente y por tanto el título es inválido por carecer de ese requisito para completarse. Sin embargo, algunas emisoras han encontrado una solución muy sencilla, cual es el otorgamiento de un endoso sin responsabilidad a un tercero, obviando el análisis de la relación subyacente que dió origen al título y por tanto, por autonomía activa, ese endosatario adquiere un derecho originario.<sup>347</sup>

Siendo la letra de cambio suscrita como garantía de un contrato de tarjeta de crédito, y desestimada la demanda, el aval otorgado es nulo por vicio de forma. Para la eficacia del aval, la ley exige que la obligación cambiaria garantizada sea aparentemente válida<sup>348</sup>. La existencia de un vicio de forma, apreciable objetivamente por el mero examen de la declaración (y de la firma) del avalado consignado en la letra, priva de eficacia cambiaria la declaración del avalista y bajo la expresión de vicio de forma la ley se refiere a la falta de algún requisito esencial de la declaración cambiaria del avalado.<sup>349</sup>

Así debe suceder en la correspondiente sentencia en el proceso ejecutivo simple por falta de pago, donde el juez, ante la oposición de los deudores de las defensas correspondientes, -el avalista puede oponer sus excepciones personales contra el tenedor y las que contiene el numeral 669 del Código de Comercio, entre ellas, la de forma<sup>350</sup> debe en consecuencia, declarar con lugar las mismas y dictar fallo desestimatorio.

---

<sup>347</sup>Consúltese BARRANTES GAMBOA Jaime, la Letra de Cambio como garantía del crédito al consumo, en Revista IVSTITIA, Agosto-setiembre 96, año 10, #116-117, pp. 4-12. Puede consultarse la resolución 394-L del Tribunal Superior Primero Civil de San José, 8:30 del 5 de abril de 1995.-

<sup>348</sup>ver. art. 755 del Código de Comercio de Costa Rica, art. 35 Ley 19/85 Cambiaria y del Cheque española, art. 35 del Regio Decreto italiano n. 1669 de 1933, sobre modificaciones a la letra de cambio y vale cambiario. Se supone que el avalista es más solvente que el avalado, de ahí la trascendencia económica de la institución. SALAS MURILLO Evelyn, La institución del aval en el cheque, Tesis de grado para optar al Título de Licenciada en Derecho, 1994, p. 85. El riesgo inherente a la operación crediticia que la negociación de la letra supone, puede ser reducido por medio de una garantía de aval. FERNANDEZ-ALBOR BALTAR Angel, El aval cambiario, 1992, p. 72.- Véase GARCIA CORTES Juan Carlos, El aval cambiario. Cosuscripción cambiaria, en Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil, Tomo I, 1996, p. 507.-

<sup>349</sup>ROJO Angel, El Aval en Derecho Cambiario, Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque, 1992, p. 581., ver artículo 757 párrafo 1 del Código de Comercio patrio.- En contra BAUDRIT Luis, Comunicación de efectos entre deudores solidarios, en Revista IVSTITIA, 1996, n. 113, nota 50 en p. 12, quien relaciona que el aval subsiste a pesar de la nulidad de la obligación garantizada.

<sup>350</sup>En cuanto al título incompleto, es nulo si faltare alguno o algunos de los requisitos formales correspondientes que impliquen la nulidad del mismo por ausencia de esos requisitos. Véase la resolución del Tribunal Superior Civil de San José, número 715-F de 8:40 del 27 de mayo de 1992.



El acreedor, ante el fallo desestimatorio, es posible que en proceso monitorio<sup>351</sup> accione nuevamente contra los obligados, pero en cuanto al avalista quien garantizó el pago en la letra de cambio, existe una situación especial que no permite incoar ese proceso contra él.

En efecto, Fernández-Albor Baltar señala que un aval prestado sobre una letra nula o incompleta, es una declaración cambiaria ineficaz y no es posible convertir esa declaración cambiaria ineficaz en una obligación de garantía ordinaria<sup>352</sup>, como por ejemplo en una fianza ordinaria.

Quien suscribe una letra de cambio, manifestando su voluntad de responder del pago de la letra, lo ha de hacer por su objeto de garantía y no por la relación cambiaria entre avalado y acreedor<sup>353</sup>.

En la relación de aval no hay una relación obligatoria subyacente<sup>354</sup>, por ello, una conversión del aval en garantía del negocio extracambiarario subyacente a la relación avalada, no parece, admisible.<sup>355</sup>

Alegria afirma que al no existir válidamente letra, no existe posibilidad de que exista obligación cambiaria en ella. En consecuencia, no puede convertirse el aval nulo. No es admisible convertir el aval nulo en fianza de la obligación base de la letra o del acto avalado, porque responden a un objeto y finalidad totalmente diversos<sup>356</sup>.

El negocio de aval será inconvertible en otro tipo de garantía cuando el vicio de forma ANULA ese aval y por tanto, no podrá el tenedor incoar proceso monitorio contra quien fuera avalista ni catalogarlo en esa acción como fiador. Así las cosas, la acción extracambiaria contra el avalista por nulidad de la letra en virtud del vicio de forma no es procedente.-

En todo caso, quedaría un último aspecto por analizar, cual es si el aval se convierte en garantía personal atípica. Para dar respuesta, se afirma que la institución del aval ha sido

---

<sup>351</sup>ver artículos 502 a 506, todos del Código Procesal Civil patrio.

<sup>352</sup>FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, op. cit., p. 388.-

<sup>353</sup>Conf. MARTORANO, op. cit. p. 345.-

<sup>354</sup>ASCARELLI, Cambiale, p. 659, citado por Fernández-Albor Baltar, op. cit., nota 130 en p. 383.-

<sup>355</sup>El sector mayoritario de la doctrina europea, En Italia, Angeloni, Bianchi d'Espinosa, Cottino, De Semo, Martorano, Pavone La Rosa, en Alemania Böckelmann, Gareis/Riezler, entre otros, en España, Garrigues, Vicente y Gella, Duque Domínguez, etc., afirma que el tenedor de una letra nula no puede perseguir extracambiariamente al avalista, alegando la existencia de una relación de garantía ordinaria del débito causal FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, op. cit., nota 165, p. 388.-

<sup>356</sup>ALEGRIA, op. cit., pp. 400-401.-

encuadrada típicamente como una garantía personal para garantizar el pago, total o parcial, de la letra de cambio y la voluntad del avalista se ha determinado conforme a los límites legales de la autonomía de la voluntad.

### 3.3.4.- cláusulas referentes a los efectos del contrato.

El usuario, previa firma<sup>357</sup> del contrato prerredactado como requisito necesario e indispensable, recibirá la tarjeta o plástico como se le conoce, para utilizarla en los establecimientos previamente determinados y afiliados a la emisora o a la franquiciante dentro de los límites correspondientes.<sup>358</sup> Las operaciones que se realicen con las segundas o sucesivas tarjetas, denominadas adicionales, tendrán la misma consideración que las efectuadas con la tarjeta principal.<sup>359</sup>

Señala el modelo de contrato de tarjeta de crédito lo siguiente:

"2. DE LA TARJETA DE CREDITO: El emisor emitirá una tarjeta, de naturaleza internacional, a nombre del Tarjetahabiente, a quien la entregará y quien al recibirla tendrá la obligación de firmarla de inmediato..."

"5. EL ESTADO DE CUENTA. Mensualmente o en cualquier otro período que estime conveniente, el Emisor presentará al Tarjetahabiente un Estado de Cuenta que expresará el monto adeudado por este, indicando su límite de crédito, el saldo adeudado, todos los cargos y abonos o créditos que aparezcan en la Cuenta, la fecha de corte..."

---

<sup>357</sup>GENOVESE, citado por LACRUZ, op. cit., Tomo II Volúmen 2, nota 8 en pp.38-39, afirma que el silencio del adherente viene considerado como una declaración de aceptación de las condiciones generales sometida a la común disciplina de los actos negociales.

<sup>358</sup>Las tarjetas de crédito trilaterales son objeto de emisión usualmente por los Bancos y Entidades de Crédito, que permiten a sus clientes comprar en los establecimientos adheridos a su respectiva tarjeta sin desembolso de efectivo y hasta un determinado límite, cargando en el mes siguiente en su cuenta corriente los gastos realizados en el mes anterior e incluso se permite acogerse a un sistema de pagos fraccionados con abonos mensuales y con el pago de un interés por los aplazamientos. CANO RICO, op. cit., Tomo II, p. 106.-

<sup>359</sup>UREBA Alonso y MARTINEZ Julián, Derecho de Mercado Financiero, T. III Volúmen 2, 1994, pp. 746-747.-

"12. PLAZOS Y VENCIMIENTOS... Además el Emisor podrá suspender anticipadamente en forma temporal o definitiva el uso de la tarjeta en forma inmediata cuando el Tarjetahabiente haya violado cualquiera de las cláusulas de este contrato, cuando el Emisor haya recibido cualquier información que ponga en duda la seguridad del crédito dado al Tarjetahabiente, cuando las circunstancias políticas, económicas y sociales del país o reglamentaciones emitidas, no ofrezcan seguridad para las operaciones aquí contempladas, o por cualquier otra razón o circunstancia que haga que el Emisor considere oportuna dicha suspensión en el uso..."

Asimismo, se señalan las condiciones para el uso de la tarjeta,

"19. CONDICIONES PARA EL USO DE LA TARJETA: Para que el Tarjetahabiente tenga derecho a que el Emisor le mantenga vigente la autorización del uso de la Tarjeta, deberá:

- a) encontrarse cumpliendo a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones que este contrato le impone, así como cualquier otra obligación a su cargo y a favor del Emisor;
- b) demostrar, a solicitud del Emisor, que mantiene capacidad de pago para reintegrarle todas y cada una de las obligaciones pecuniarias para con él;
- c) no adeudar al Emisor suma alguna diferente de las obligaciones y créditos autorizados por este contrato, a no ser que cuente con el beneplácito del Emisor, expreso y por escrito, sobre la existencia de esa otra eventual deuda;
- d) no estar siendo ejecutado judicialmente, ni el tarjetahabiente ni sus fiadores;
- e) no encontrarse en administración judicial, convenio preventivo, estado de insolvencia o quiebra, ni el tarjetahabiente ni cualquiera de sus fiadores.

El mismo contrato establece en favor del predisponente la posibilidad de suspender anticipadamente en forma temporal o definitiva el uso de la tarjeta si existiere violación a cualquiera de las cláusulas respectivas aún cuando las mismas fueren abusivas de forma total o relativa, destacándose las de irresponsabilidad de la empresa, las que proclaman la validez de toda modificación unilateral -obligándose el predisponente a la simple notificación-, obligaciones contraídas en el exterior mediante el uso de la tarjeta de crédito<sup>360</sup> y para determinar la validez jurídica e invalidez de las cláusulas que imponen

---

<sup>360</sup>GHERSI, op. cit., pp. 206-207.

condiciones generales, la doctrina española y alemana, han sugerido el criterio de buena fe, además de lo que se dirá para controlar las condiciones generales, pero el común denominador es el desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores, de acuerdo con la resolución del Consejo de Europa<sup>361</sup> y en la resolución 39/248 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de abril de 1985 también reconoce que los consumidores afrontan desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación, resuelve las directrices para la protección del consumidor<sup>362</sup>.

El considerando X. del fallo #81 de la Sala Primera Civil de 15 horas del 20/05/92 relaciona en lo conducente:

"... Siendo ellas, cláusulas de adhesión, no deben ser interpretadas aisladamente sino en estrecha conexión una con la otra y con el contexto general y atendiendo, por supuesto, los objetivos que alentaron el concierto de voluntades, y la operatividad misma del sistema enmarcado en el negocio jurídico de tarjeta de crédito. Debe, por ende, otearse el acuerdo original real de los contratantes, determinando lo justo y razonable en torno a él, a tenor de su intención prístina y la finalidad que persiguieron, sin olvidar aquí el comentado principio de la defensa del consumidor..."

Luis Baudrit en sus Comentarios a la nueva Ley de Protección al Consumidor, establece que la norma sobre cláusulas abusivas en contratos de adhesión, contenida en la Ley viene a complementar lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1023 del Código Civil y, en cierto modo también a aclararlo, en cuanto a que los casos detallados en ambas disposiciones legales únicamente se refieren a contratos de adhesión y no a cualquier otro tipo de contratación<sup>363</sup>, sin embargo, Cappella afirma que aunque el legislador, en el capítulo destinado a las derogatorias (artículo 70 de la ley 7472) no hace expresa mención

---

<sup>361</sup>LACRUZ BERDEJO, T. II VOL 2º, op. cit. p.40. En pocas palabras, una cláusula abusiva puede considerarse en principio "un desequilibrio significativo" y no ha sido negociada entre las partes. GUIA DEL CONSUMIDOR EUROPEO, tomado de la Red INTERNET. (<http://www.cec.lu/en/comm/spc/cg/es/q59.htm>)

<sup>362</sup>STIGLITZ, Protección ... op. cit., pp.106-107. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes:

- a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;
- b) la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
- d) la educación del consumidor;
- e) la posibilidad de compensación efectiva al consumidor;
- f) la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

<sup>363</sup>BAUDRIT Luis, Comentarios a la nueva Ley ..., op. cit., p.10.

al art. 1023.2, es obvio, que por la aplicación de las reglas generales que disciplinan la vigencia de la ley en el tiempo, que el párrafo segundo quedó derogado y sustituido por el artículo 39 de la ley 7472<sup>364</sup>.

Ahora, desde la óptica de la protección de los intereses del consumidor (en aquellos contratos empresario-consumidor) y de acuerdo al régimen jurídico de las condiciones generales no negociadas, la norma 39 de la ley 7472 y por la prevalencia de la misma en contratos mercantiles y civiles, deroga tácitamente aquellas normas iguales del art. 1023.2 del Código Civil y las que subsisten, serían de aplicación supletoria.<sup>365</sup>

de conformidad con el artículo 21 del Código Civil, los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (objetiva y subjetiva), igualmente la Constitución Política no ampara el abuso del derecho, pero si la cláusula, de las que informa el numeral 39 párrafos dos y tres de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, es ejecutada existirá el desbordamiento del ejercicio del derecho causando abuso o bien un ejercicio antisocial del mismo, de ahí la trascendencia del numeral 22 del Código Civil en conceder autorización para que judicial o administrativamente se adopten medidas que impidan la persistencia de ese abuso, sobre todo por la redacción en si del contrato y sus efectos, entre ellos, la problemática de las renunciaciones procesales, el cargo financiero por medio del período de tiempo ordinario sobre saldos promedios diarios, que parecen incluir las compras y en general todas aquellas que conforme se determinen con base en las condiciones generales de la contratación se impongan y sean totalmente abusivas en su validez y en su eficacia y lo más importante de todo, si se lesionan valores fundamentales.

#### 4. La cláusula de intereses en el contrato de tarjeta de crédito.

##### 4.1 El crédito.

Como la economía es un proceso dinámico, siempre existe una brecha de tiempo entre la producción y la colocación en el mercado, y el crédito procura cerrar esa brecha. El crédito

---

<sup>364</sup> CAPPELLA MOLINA, Observaciones ... op. cit., p. 15.-

<sup>365</sup> Las viejas reglas de escuela sobre los conflictos entre normas contradictorias con la prevalencia de la *lex posterior* sobre la *lex anterior*, o de la *lex specialis* sobre la *lex generalis*: "*lex posterior derogat legi priori*", con la reserva de que la ley "*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*". En la aplicación de tales reglas no se olvida tampoco otro criterio, aunque haya de aplicarse con cautela: "*cessante ratione legis, cessat ipsa lex*". La hipótesis extrema es que el conflicto entre dos leyes sucesivas llegue al grado de la incompatibilidad, en tal hipótesis vale el principio "*lex posterior derogat legi priori*", (con la reserva anteriormente indicada), la incompatibilidad implica lógicamente la derogación. BETTI Emilio, Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos, traducción de José Luis de los Mozos, 1975, pp. 119-120.-

en sentido económico significa el cambio de un bien o servicio presente por un bien o servicio futuro.<sup>366</sup>

El crédito se expresa en dinero y se mide en tiempo, su precio es el interés, cuyos términos de medición son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero prestado. La palabra "crédito" derivada del latín credere, significa confianza y representa todo un elemento psicológico, pues esa confianza hará que el deudor prometa el reembolso del capital más los intereses.<sup>367</sup>

#### 4.2 El interés.

Aceptando que la utilización de un capital ajeno genera frutos<sup>368</sup> éstos se relacionan como "INTERESES"<sup>369</sup>, y es el precio que se paga por el uso del dinero o por la posposición de su consumo inmediato; desde el punto de vista jurídico, la obligación de pagar intereses es accesoria a toda deuda dineraria.<sup>370</sup>

El interés como ganancia o beneficio lleva implícito el riesgo natural de toda operación onerosa y de todo crédito. Si el crédito es el cambio de un bien presente por un bien futuro, ello exhibe el riesgo del mutuante o prestamista que transfiere capital, por ello se ha dicho que el interés es el precio del riesgo que corre el acreedor.<sup>371</sup>

#### 4.3. Tasa, medida y denominación del interés.

---

<sup>366</sup>VON MISSES citado por VILLEGAS Carlos y SCHUJMAN Mario, Intereses y tasas, 1990, p. 43.

<sup>367</sup>VILLEGAS y SCHUJMAN, op. cit., pp.44-45.-

<sup>368</sup>Fruto civil del capital, como renta que compensa el uso de un dinero ajeno o bien, desde otro ángulo, la privación de ese uso. GENTILE Ricardo, Los Abusos en la indexación del mutuo financiero, en Revista Banca, Bolsa & Seguros, set/oct 91, # 9, pp. 10-11.

<sup>369</sup>Interés es el rédito, ganancia o beneficio que produce un capital monetario y desde el punto de vista jurídico un fruto civil. VILLEGAS y SCHUJMAN, op. cit. p. 85. Además, véanse votos 2784 de 9:45 horas del 10 de junio de 1994 y 3393 de 15:12 horas del 7 de julio de 1994, ambos de la Sala Constitucional. Consúltese MANAVELLA CARLOS, Intereses Fluctuantes y cláusulas abusivas en Revista IVSTITIA, mayo 1993, #77, páginas centrales.

<sup>370</sup>ROJAS CHAN Anayansi y GODINEZ VARGAS Alexander, Aspectos Jurídicos Económicos de la Cláusula de Interés Variable en Revista IVSTITIA, setiembre 1990, #45, pp.14-18.

<sup>371</sup>VILLEGAS y SCHUJMAN, op. cit., p. 90.

#### 4.3.1. Tasa y medida.

Los intereses se miden, por su tasa, con la fórmula financiera de que el interés es igual al capital, por la tasa, por el tiempo de uso del capital, dividido por cien, pues la tasa es un porcentaje de unidades de interés por cada cien unidades de capital, expresada en tiempo determinado.

La fórmula será: 
$$I = \frac{C \times i \times t}{100}$$

La fórmula permite la obtención del interés a través de diferentes conceptos de tiempo y otros factores que puedan incidir necesariamente en la determinación del rédito y de acuerdo al método y su interpretación, el beneficio será mayor o menor.

El artículo 417 del Código de Comercio relaciona que:

"Artículo 417: En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía, y en los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día hábil, de veinticuatro horas, los meses, según están designados en el calendario gregoriano; y el año de **trescientos sesenta y cinco días**" (suplido el subrayado y el resaltado)

Ahora bien, el artículo 496 del mismo Código establece:

"Artículo 496.- Salvo pacto en contrario, el préstamo mercantil será siempre retribuido. La retribución consistirá, a falta de convenio, en intereses legales calculados sobre la suma de dinero o el valor de la cosa prestada. Los intereses corrientes empezarán a correr desde la fecha del contrato y los moratorios desde el vencimiento de la obligación. (el subrayado y resaltado no son del original)

El marco relacionado advierte que los intereses correrán a partir de la fecha del contrato, siendo la norma 417 la que especifica como se computará y entenderá la unidad de tiempo y la norma siguiente establece la posibilidad de derogación de retribuir el préstamo, y si no

hay convenio en contrario, los intereses, como retribución, corrientes empezarán a correr desde la fecha del contrato y los moratorios desde el vencimiento de la obligación.

#### 4.3.2. Denominación del interés.-

Existen varias denominaciones de interés, se encuentran, el corriente, el de demora, además el compensatorio y sin olvidar el legal.

La problemática del interés ha surgido por las interpretaciones, las modificaciones en el Código de Comercio y en varias leyes, entre ellas, por ejemplo, la ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y la Ley de modernización del Sistema Financiero de la República, y también ha sido objeto de múltiples procesos judiciales y hasta de conocimiento de la Sala Constitucional, en virtud de su aplicación y forma de contratar la cláusula del interés.<sup>372</sup>

Incluso la polémica abarca la capitalización de intereses<sup>373</sup>, el plazo del crédito, si es anual o mensual, y otros factores, que mes a mes refleja el estado de cuenta, pero el mismo Mugillo, es quien afirma "que suele pactarse la posibilidad de capitalización de intereses y hasta efectivizarse ello por vía de liquidaciones periódicas que se abonan en cuotas. Creemos que tal pacto no es viable en este sistema, pues su operatividad podría generar graves perjuicios al usuario y consumidor, y así ha sido entendido por alguna jurisprudencia, aunque también en este tema se han escuchado voces disidentes.<sup>374</sup>

##### 4.3.2.1. Interés corriente.-

El numeral 497 del Código de Comercio, luego de la reforma contenida en la ley 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, expresa:

"Artículo 497.- Se denomina interés convencional el que convengan las partes, el cual podrá ser fijo o variable. Si se tratare de interés

<sup>372</sup>Véanse votos 2784 de 9:45 horas del 10 de junio de 1994 y 3393 de 15:12 horas del 7 de julio de 1994, ambos de la Sala Constitucional.

<sup>373</sup>Consúltese el artículo 505 del Código de Comercio de Costa Rica.-

<sup>374</sup>MUGILLO, op. cit., pp.123-126.-



variable, para determinar la variación podrán pactarse tasas de referencia nacionales o internacionales o índices, siempre que sean objetivos y de conocimiento público.

Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual a tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional y a la tasa "prime rate" para operaciones en dólares americanos.

Las tasas de interés previstas en este artículo podrán utilizarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluyendo las documentadas en títulos valores."

El interés corriente es aplicable para las operaciones con plazo y en el caso de marras, siendo el contrato de tarjeta de crédito de tracto sucesivo, es decir, el mismo se prorroga de tiempo en tiempo y de acuerdo con los pagos efectuados, en ese sentido, se aplicará el rédito común.

#### 4.3.2.2. Interés moratorio.-

El numeral 498 del Código de Comercio, el cual relaciona el interés de mora, ha sido dos veces modificado y la actual redacción del citado numeral, expresa:

"Artículo 498. Los intereses moratorios serán iguales a los intereses corrientes, salvo pacto en contrario.

Cuando se pacten intereses corrientes y moratorios, estos últimos no podrán ser superiores en un treinta por ciento (30%) de la tasa pactada para los intereses corrientes.

Cuando no se pacten intereses corrientes, pero si moratorios, estos no podrán ser superiores en un treinta por ciento (30%) a la tasa de interés legal indicada en el artículo anterior."

Si el contrato analizado fue suscrito en diciembre de 1995 y contiene intereses corrientes del 1.66% mensual, la tasa de mora debe alcanzar un máximo del 2.16% mensual y no otra, toda vez que la fijada contractualmente incumple la doctrina del párrafo segundo del numeral 498 del Código de Comercio, siendo el tipo de interés fijado totalmente desproporcionado.

No obstante, si la tasa de mora fuere solamente de un 30% superior a la corriente, aun con réditos variables, se ajustaría el equilibrio contractual al régimen legal y no habría mayores inconvenientes.<sup>375</sup>

Aunque en el contrato existe la posibilidad para el emisor de variar el tipo de interés, la tasa moratoria no podrá ser superior al 30%.

4.3.- El contrato de tarjeta de crédito y la cláusula del interés. Desproporcionalidad por contenido y aplicación de la tasa de interés.

El convenio, tal y como se relacionó supra, la cláusula del interés se determina de la siguiente forma:

"6. PAGOS. El tarjetahabiente se obliga a pagar al Emisor, en Dólares y dentro del plazo estipulado en el Estado de cuenta, lo siguiente:

a)...

b)...

c) Intereses **corrientes** del **1.66%** mensual más un cargo por servicio del ... % también mensual, en ambos casos sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta. De existir saldo en **mora**, se cargará la cuenta con una tasa mensual del **2.50%** sobre los saldos atrasados. La mora se producirá por el simple retardo de el tarjetahabiente en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo y a favor del Emisor, sin necesidad de requerimiento o intimación. **El interés tanto corriente como moratorio podrá ser variado de tiempo en tiempo por el Emisor**, lo cual comunicará este por escrito al Tarjetahabiente... Los pagos que realice el Tarjetahabiente se imputarán primero a intereses moratorios y gastos de cobranza, en su caso; luego a intereses corrientes; luego cargos por servicios, retiros en efectivo, y otros cargos y finalmente adeudos de principal originados en el uso de la

---

<sup>375</sup>El artículo 54 del proyecto de ley "CODIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR" #12080, relaciona: "Artículo 54.- Los cargos moratorios causados por el incumplimiento de la obligación no podrán ser superiores a la tasa de interés semestral para los depósitos a plazo fijo del Banco Nacional de Costa Rica. El plazo corre en beneficio del deudor y por tanto, se garantiza al consumidor el derecho de la liquidación anticipada de la deuda, o su pago parcial, que irán aparejados a la reducción proporcional de intereses y otros incrementos. Publicado en Gaceta #218 16 de noviembre de 1994.El numeral 1023 del Código Civil, inciso s) establece que el adherente podrá reclamar la cláusula que por incumplimiento contractual, imponga obligaciones de tipo financiera sin relación con el perjuicio real, sufrido por el vendedor u oferente.

Tarjeta para la adquisición de bienes u obtención de servicios o adelantos de efectivo si estos fueran autorizados por el Emisor."

Tal y como se indicó para el caso de los cargos financieros, el mismo comentario vale para la aplicación de la cláusula del interés que el contrato hace referencia.

**La cláusula en sí únicamente denomina el método -no el contenido- y el tipo de interés<sup>376</sup>**, y se aplicará sobre los saldos promedios diarios a partir de la fecha de utilización de la tarjeta y hasta que se realice el pago efectivo de dichos saldos, el cual deberá hacerse en la fecha, plazo y forma que se indique en el Estado de Cuenta, sin embargo, lo que no refiere el método es si el cálculo para establecer los intereses se efectúa con tiempo exacto o tiempo ordinario, incluyendo compras o sin ellas. La Truth in Lending Act de Estados Unidos de América requiere de los acreedores dar información segura básica acerca del costo de comprar al crédito, y que significa que el acreedor dará el método a utilizar<sup>377</sup>, y no solo esa ley, sino que también aplica la Fair Credit and Charge Card Disclosure Act<sup>378</sup> y otras como Fair Credit reporting Act y Fair Credit Billing Act.<sup>379</sup>

De la relación del "estado de cuenta" se desprende que los cortes son cada 30 días, es decir, se utiliza el tiempo ordinario (365/360) y afirma el estado que contiene los movimientos (compras, pagos, etc).

La siguiente tabla, la número 4, demuestra el cálculo con saldos promedios diarios incluyendo nuevas compras y sin incluirlas, a tiempo ordinario (365/360), no como lo

<sup>376</sup>La tasa de interés anual o "annual percentage rate" (APR) se aplicará en el saldo que figure en el estado de cuenta, donde algunas emisores incluyen intereses variables o indexatorios (fluctuantes). CHOOSING AND USING CREDIT CARS. FACTS FOR CONSUMERS FROM THE FEDERAL TRADE COMMISSION, tomado de la red INTERNET, (<http://seamless.com/talf/ftc/16.html>). Según estudios realizados por algunas asociaciones de consumidores, los costes de las operaciones de pago más allá, son en muchos casos, imposibles de determinar por anticipado, debido a una falta de transparencia e incluso a una falta total hacia los usuarios por parte de los emisores de tarjetas y de los bancos. LOS CONTRATOS, ACABEMOS CON LAS CLAUSULAS ABUSIVAS, cuanto cuestan estas operaciones y cuáles son mis derechos, tomado de red INTERNET (<http://www.cec.lu/en/comm/spc/cg/es/q173.htm>)

<sup>377</sup>otros métodos de cargos financieros son: "Adjusted balance method, creditors take the amount you owed at the beginning of the billing cycle, and subtract any payments you made during that cycle" "Previous balance method, creditors simply use the amount owed at the beginning of the billing cycle to come up with the finance charge." "The two cycle average daily balance method, creditors use the average daily balances for two billing cycles to compute your finance charge. Again, payments will be taken into account in figuring the balances, but new purchases may or may not be included. CONSUMER HANDBOOK TO CREDIT PROTECTION LAWS, Cost of Credit, tomado de la RED INTERNET ([gopher://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186](http://gopher://gopher.gsa.gov/cgi-bin/imagemap/cicmap?394,186)) La Truth-in-Lending Act es una ley Federal. BARRONS, LAW DICTIONARY, 1991, p.505.- Igualmente, véase el inciso c) del artículo 43 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, decreto ejecutivo 25234-MEIC.

<sup>378</sup>CHOOSING AND USING CREDIT CARS, FACTS FOR CONSUMERS FROM THE FEDERAL TRADE COMMISSION, tomado de la red INTERNET, (<http://seamless.com/talf/ftc/16.html>)

<sup>379</sup>Véase el Considerando VII de fallo #81 de Sala Primera Civil de 15 horas de 20/05/92.-

ordenan los numerales 417 y 496, ambos del Código de Comercio, para el cálculo de intereses y cómputos correspondientes

tabla # 4.

| PRIVATE }                | <u>saldos promedios diarios<br/>(incluyendo nuevas<br/>compras)</u> | <u>saldos promedios diarios<br/>(excluyendo nuevas<br/>compras)</u> |
|--------------------------|---|---|
| interés mensual          | 1.66% mensual   | 1.66% mensual   |
| saldos previos           | \$400,00  | \$400,00  |
| nuevas compras           | \$50,00   | \$50,00   |
| fecha de compra          | 18 del mes  | 18 del mes  |
| pagos                    | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00                      | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00                      |
| saldos promedios diarios | \$270,00*   | \$250,00**  |
| intereses                | <b>\$4,48</b><br>(1.66% x \$270,00)                                 | <b>\$4,15</b><br>(1.66% x \$250,00)                                 |

\* para figurar en los saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 3 \text{ días}) + (\$150 \times 12 \text{ días}) 30 \text{ días} = \$270,00$

\*\* para figurar en los saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 15 \text{ días}) 30 \text{ días} = \$250,00.-$

El cálculo de los intereses se ha hecho sobre la base de 360 días, denominado período de tiempo ordinario<sup>380</sup>, no sobre la base de tiempo exacto, esto representa para la emisora un aumento en la captación mensual por concepto de interés.

<sup>380</sup>El interés ordinario, también conocido como regla de los banqueros, se usa con frecuencia en las operaciones comerciales. Sin embargo, el término regla de los banqueros, se está volviendo menos aplicable a este método de calcular intereses. **Muchos bancos ya han cambiado esta política y ahora se calculan los intereses utilizando 365 días para el año.** En algunos casos, el cambio se ha hecho como respuesta a las quejas de los consumidores... Utilizando la fracción de tiempo 365/360 en lugar de 365/365 le da al prestamista 5 días de intereses adicionales... HIGHLAND y ROSENBAUM, op. cit., p. 234.- (suplida la negrita). Véanse los artículos 417 y 496, ambos del Código de Comercio costarricense.

Aún así, si el cálculo se realiza sobre 365/365 días y no 365/360, la diferencia como se indica en la tabla # 5, será aún mayor:

tabla 5.

| {PRIVATE }               | <u>saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras)</u> | <u>saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras)</u> |
|--------------------------|---|---|
| interés mensual          | 1.66% mensual(19.92% anual)                                 | 1.66% mensual (19.92% a)                                    |
| saldos previos           | \$400,00  | \$400,00  |
| nuevas compras           | \$50,00   | \$50,00   |
| fecha de compra          | 18 del mes  | \$50,00   |
| pagos                    | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00              | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00              |
| saldos promedios diarios | \$266,35*   | \$246,22**  |
| intereses                | <b>\$4,42</b><br>(1.66% x \$266,35)                         | <b>\$4,08</b><br>(1.66% x \$246,22)                         |

\* para figurar en los saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 3 \text{ días}) + (\$150 \times 12 \text{ días})$  **30,416** días (tiempo exacto 365/12) = \$266,35

\*\* para figurar en los saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras):  $(\$400,00 \times 15 \text{ días}) + (\$100,00 \times 15 \text{ días})$  **30,416** días (tiempo exacto 365/12)= \$246,22.

En resumen, los intereses pueden interpretarse de acuerdo con la siguiente tabla:

tabla # 6.

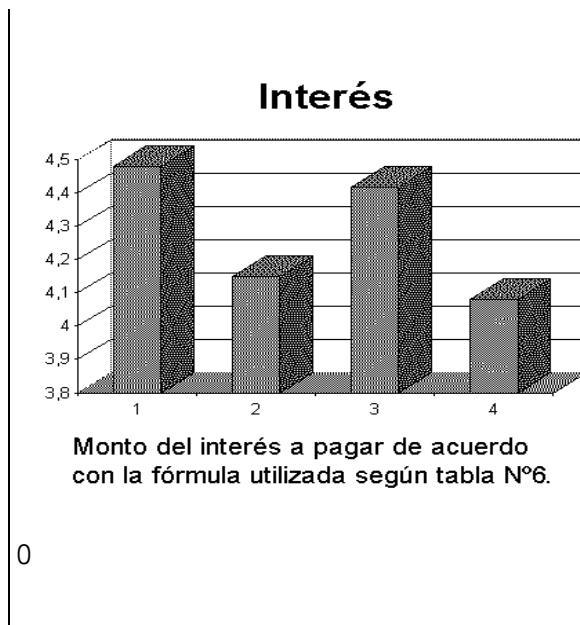
| {PRIVATE }      | <u>saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras)</u> | <u>saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras)</u> | <u>saldos promedios diarios (incluyendo nuevas compras)</u> | <u>saldos promedios diarios (excluyendo nuevas compras)</u> |
|-----------------|---|---|---|---|
| interés mensual | 1.66% mensual   | 1.66% mensual   | 1.66% mensual(19.92%  | 1.66% mensual (19.92%                                       |

|                          |  |  |  |  |
|--------------------------|--|--|--|--|
|                          |  |  | anual)   | a)   |
| saldos previos           | \$400,00                                       | \$400,00                                       | \$400,00                                       | \$400,00                                       |
| nuevas compras           | \$50,00  | \$50,00  | \$50,00  | \$50,00  |
| fecha de compra          | 18 del mes                                     | 18 del mes                                     | 18 del mes                                     | \$50,00  |
| pagos                    | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 | \$300,00 (15 del mes)<br>nuevo saldo: \$100,00 |
| saldos promedios diarios | \$270,00*                                      | \$250,00**                                     | \$266,35*                                      | \$246,22**                                     |
| intereses                | <b>\$4,48</b><br>(1.66% x \$270,00)            | <b>\$4,15</b><br>(1.66% x \$250,00)            | <b>\$4,42</b><br>(1.66% x \$266,35)            | <b>\$4,08</b><br>(1.66% x \$246,22)            |

Indiscutiblemente, en esta última tabla, la columna de la derecha señala el monto más ventajoso para el consumidor, todo de acuerdo al método que se utilice.

Los datos numéricos, como se sabe, expresan una parte de la realidad, pues existen otros métodos que aplican en el aspecto de los intereses y habrá que relacionarlos para verificar cual puede ser el más beneficioso, no obstante, el método analizado corresponde al constante en el contrato.

El siguiente gráfico muestra el total de interés devengado de acuerdo con el método utilizado en tabla 6.



El gráfico muestra la diferencia porcentual a pagar de acuerdo con el método utilizado, según señala la tabla número 6.

La cláusula novena del contrato permite la modificación del interés y con la simple notificación al tarjetahabiente, cláusula que está predisuelta en el contrato así:

**"9. VARIACIONES DE LOS PORCENTAJES, MONTOS, TASAS, ETC. Todos los porcentajes, montos, tasas, etc. previstos en este contrato, en la solicitud de crédito o en documentos anexos, aplicables a cargos, intereses, etc. que deba cubrir el tarjetahabiente, podrán ser variados por el Emisor, pero la variación surtirá sus efectos hasta después de treinta días desde la notificación respectiva al Tarjetahabiente por escrito." (suplido el subrayado)**

El predisponente simplemente comunicará al usuario el nuevo porcentaje de interés, (lo hará realmente? En caso de respuesta negativa, implicaría violación al deber contractual de información que el consumidor debe recibir -art 46 constitucional, 28, 29 ) y puede representar un interés fluctuante como tasa nominal o pura<sup>381</sup>, sin embargo, es necesario relacionar que ese interés variable puede alcanzar porcentajes elevados y ello podría traer como consecuencia el incumplimiento contractual<sup>382</sup>, donde entraría en juego la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, toda vez que el comerciante tiene obligaciones (art. 34 de la ley más las que el contrato y el ordenamiento impone) como límite a la libertad contractual y como derecho imperativo aplicable.

---

<sup>381</sup>Un préstamo con un tipo de interés del 23% anual, y una tasa de inflación del 23% anual, equivale a una tasa pura del 0%. En igual sentido, una tasa de interés que únicamente cubra el pago por la posposición del consumo en el tiempo, sin extenderse a la recomposición del capital prestado no representa ganancia alguna para la institución bancaria o financiera. ROJAS y GODINEZ, op. cit., p. 15.-

<sup>382</sup>La teoría expuesta hace referencia a acontecimientos razonablemente imprevisibles, que modifican el equilibrio contractual. La depreciación monetaria, la inflación y las modificaciones violentas de los términos del mercado internacional, no podrían en nuestros días servir de base para la aplicación de esta teoría, ya que se trata de circunstancias que pueden preverse razonablemente. La previsión razonable de esas circunstancias que modifican el equilibrio contractual hace surgir las cláusulas expresas de revisión. BAUDRIT CARRILLO Diego, Teoría General... op. cit. p. 115.- "La solución adoptada [aplicación de la cláusula rebus sic stantibus] supone tan sólo el aceptar, como razonable, una forma nueva de ejercicio de la prestación acomodada a las exigencias actuales [...], éste debe ser asumido por el beneficiario para impedir un desequilibrio en el contrato e impedir un enriquecimiento injustificado" (STS de 9 de julio de 1984) SANCHEZ GONZALEZ María Paz, Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus, 1990, p.11.- Una corriente doctrinal va más allá de esas premisas, considerando que en determinadas situaciones -contratos de cláusulas predispuestas, por ejemplo- la sola aceptación del contrato conlleva el aprovechamiento, descrito en la lesión, que no hace excluyente la aplicación de la teoría de la imprevisión. FLAH Lily y SMAYESKY Miriam, Teoría de la Imprevisión, 1989, p. 105.-

No obstante, existe el problema de la objetividad, razonabilidad y equilibrio en la redacción de las cláusulas de intereses fluctuantes, que deben ajustarse a las regulaciones legales y luego a las del mercado, es decir, si el criterio es objetivo, es razonable por el equilibrio de las prestaciones que la tasa de interés corriente se incremente y los moratorios hasta un 30% sobre la tasa corriente, pero la modificación y aplicación nunca puede corresponder a tasas desproporcionadas y eso es precisamente lo que se quiere evitar, todo dentro del contenido y límites constitucionales, entre esos la razonabilidad se conoce con el rótulo de debido proceso sustantivo.<sup>383</sup>

La cláusula del interés en el citado contrato, tanto en su contenido como en su aplicación presentan los siguientes aspectos que, que de aplicarse en la ejecución del contrato, efectivamente hacen dicha cláusula totalmente abusiva<sup>384</sup>:

**a- el método "saldos promedios diarios" no expresa si incluye o no nuevas adquisiciones. Si las utiliza para el cálculo de los intereses, el método es más oneroso para el usuario y beneficioso para el emisor,**

**b- el cálculo del tiempo en el método dicho, no indica si es a tiempo ordinario (365/360) o exacto (365/365), y si la base de tiempo para el cálculo es a tiempo ordinario, resulta para el usuario más onerosa la carga y beneficiosa para el empresario,**

**c- el interés moratorio supera el 30% que determina el párrafo segundo del artículo 498 del Código de Comercio, y que a su vez representa un límite a la libertad contractual, (recuérdese que el contrato fue suscrito en diciembre de 1995). Violación en el contenido de la condición general.**

**d- el interés variable debe alcanzar tasas razonables, no usurarias, y una solución podría ser incluir en el contrato índices objetivos en la aplicación de este tipo de interés, además debe ser comunicado al usuario;**

---

<sup>383</sup>conf. MANAVELLA, Dos recientes resoluciones de la Sala Constitucional en relación a intereses fluctuantes, op. cit. pp.7-10. Véanse votos #660 de 15 horas del 10 de marzo de 1992; #2784 de 9:45 horas de 10 de junio de 1994 y #3393 de 15,12 horas del 7 de julio de 1994, todos de la Sala Constitucional. Sobre la razonabilidad como debido proceso sustantivo y la proporcionalidad véase voto de la Sala Constitucional 3834-92 referente a la Consulta Facultativa de Constitucionalidad sobre el Proyecto de Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres.

<sup>384</sup>En los plazos señalados por días, a partir de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo e incluidos todos los demás, y si el plazo se expresa por meses o años se computan éstos de fecha a fecha: en atención a estas reglas son improcedentes las prácticas financieras de aplicar el llamado "año comercial" de 360 días, cuando lo justo es tomar en cuenta el legal de 365 días. No es difícil advertir a primera vista que el perjuicio que se ocasiona al consumidor y a los clientes en general, consiste en que, en la formulación más simple del cálculo del interés, el parámetro referido actúa como divisor y si su magnitud disminuye se incrementa el cociente y con ello el interés facturado. RIVERO ALEMAN, op. cit., p. 285.-



**e- el mismo contrato señala en su cláusula 21 el vencimiento anticipado y exigible la obligación a través de una "letra de cambio", que como se indicó, la misma es nula, no obstante, dicho documento siempre relaciona la cláusula de interés, y pactada puede relacionar tipos más elevados que los indicados en el contrato en sí, constituyendo una doble carga para el adherente. Si la emisora, al demandar el saldo vencido por medio de certificación de CPA., el juez, debe prevenir a la emisora, que si se suscribió letra de cambio en garantía del contrato de tarjeta de crédito, debe entregar al Despacho la referida letra de cambio, para evitar causar perjuicio al consumidor.**

**f- De la redacción de la cláusula sexta, el interés de mora por "los saldos atrasados" se carga en la cuenta del tarjetahabiente cuando éste incumpla su obligación de pagar el mínimo señalado en el estado de cuenta, pero si el predisponente no da por vencido el contrato anticipadamente de acuerdo con la cláusula 21 del contrato, el interés corriente puede continuar devengándose, eso como consecuencia del manejo del software.**

**g- Se aplicará ese interés de mora para los cargos financieros? La mora se producirá por el simple retardo de el tarjetahabiente en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo y a favor del Emisor, sin necesidad de requerimiento o intimación.**

**h- los estados de cuenta analizados, desprenden algo interesante: la emisora - los investigadores así lo entienden- utiliza el concepto "cargos por servicios" para incluir la financiación al tarjetahabiente, pero tanto los cargos como los intereses, - comprendidos como cargos por servicios- con un tipo variable, son sumados al principal todos los meses. Existe en el estado de cuenta, otro renglón denominado "cargos por servicios bonificables" que corresponde a un monto de financiación por compras del mes, y si el tarjetahabiente cancela de contado, dicha suma no le es cobrada, salvo en caso de utilizar la financiación, cuyo monto se recargará al principal.**

Lo anterior demuestra que con el renglón denominado "cargos por servicios bonificables" que corresponde a un monto de financiación por compras del mes, la emisora utiliza el método de saldos promedios diarios con nuevas compras y a tiempo ordinario, es decir, esto es así por el sistema de cargos bonificables, por el corte mensual (mismo día) y por la inclusión del cargo dentro del principal.

Como dato curioso, y específicamente en uno de los estados de cuenta del contrato analizado, se determina que: la sumatoria de las compras y los cargos no es igual al saldo

debido como pago denominado de contado, es decir, el monto de compras, saldos y cargos es inferior a lo establecido como monto total debido. Esto significa que

$$(\text{pago de contado}) - (\text{compras} - \text{abonos} + \text{cargos}) = x$$

donde  $x = \text{MONTO INDETERMINADO}$ , que bien puede representar a cargos por servicios bonificables, pero queda la duda de si ese rubro es el aplicable o bien otros, pues falta información y ese es precisamente uno de los derechos del consumidor y que violado el mismo, genera abusos en las condiciones generales y en su aplicación.

Las referencias citadas, llevan a la conclusión que el contenido de la cláusula del interés de mora y la aplicación de la cláusula del interés corriente y variable, de suceder lo comentado, existirá un interés desproporcionado.

#### 5.2.2. Reclamos del adherente por saldos.

El contrato establece en su cláusula 5, lo siguiente:

"5. EL ESTADO DE CUENTA: Mensualmente o en cualquier otro período que estime conveniente, el Emisor presentará al tarjetahabiente un Estado de Cuenta que expresará el monto adeudado por este, indicando su Límite de Crédito, el saldo adeudado, todos los cargos y abonos o créditos que aparezcan en la Cuenta, la fecha de corte, la fecha en que deberá hacer su pago llamada "Fecha límite", el monto y la forma de pago. Cuando cualquier cargo se incluya por primera vez en el saldo anterior no pagado o en cualquier estado mensual, dicho cargo se considerará atrasado. Si en la fecha Límite indicada en el Estado de cuenta aparece pendiente de pago un cargo atrasado, que previamente apareció en otro Estado de cuenta, el emisor añadirá a ese último Estado de cuenta un cargo por atraso a la tasa de interés moratorio indicada arriba, sobre el total de los cargos atrasados que aparezcan en el Estado de Cuenta. **El Estado de Cuenta será enviado a la dirección indicada en este contrato o cualquier otra que posteriormente haya sido indicada por escrito por el Tarjetahabiente. Si el Tarjetahabiente no reclamare la falta de recepción del mismo -dentro de los diez días posteriores a la fecha de corte- se presumirá que fue recibido; para tal efecto se deberá tener como fecha para dicho reclamo, período a período, la que se estableció en el primer estado de cuenta enviado. Las inconformidades o reclamos deberán ser presentados por escrito**

**dentro de los siguientes quince días a la fecha de corte que aparece en el Estado de Cuenta enviado. Transcurridos esos plazos y si no hay reclamos por escrito, el Estado de cuenta será prueba fehaciente del saldo adeudado** y el tarjetahabiente sólo podrá probar que el saldo es menor mediante la presentación de recibos de pago con fecha posterior al último Estado de Cuenta.-

El contrato establece un plazo para reclamos, plazo que corre dentro después de la fecha de corte, caso contrario, el saldo se tendrá por bueno<sup>385</sup>, según el contrato.

### 5.3 Marco Procesal.-

#### 5.3.1 Norma sustantiva.-

El derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor hace referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que puedan serle económicamente perjudiciales de forma injustificada.<sup>386</sup>

Así, los artículos 41, 46, 50, 74 entre otros, todos constitucionales, 28, 34, 39, 43 y 69, todos de la Ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y ante la cláusula abusiva, sea por contenido o por aplicación, permiten al consumidor (jurídico, el que adquiere bienes y servicios y material, el que usa y consume los bienes y servicios adquiridos<sup>387</sup>) acceder a las vías procesales que el ordenamiento autoriza en resguardo de sus intereses.

En efecto, la ley 7472 Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en el numeral 39, siguientes y concordantes refiere a la posibilidad del consumidor para recurrir entre otras cosas, lo siguiente:

- a) Nulidad absoluta y taxativa de las condiciones generales en contratos de adhesión;**
- b) reglas de interpretación de contratos;**
- c) comportamiento abusivo del predisponente, y**
- d) derecho del consumidor a demandar la invalidez de la condición general.**

<sup>385</sup>En igual sentido señala el art. 631 del Código de Comercio para la cuenta corriente bancaria.

<sup>386</sup>SEQUEIRA MARTIN, Defensa del consumidor y Derecho Constitucional Económico, 1984, p. 107, citado por BOTANA GARCIA Gemma, Los Contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores, 1994, p. 21.-

<sup>387</sup>ACOSTA ESTEVEZ, op. cit., p. 56.-

El artículo 39 de la citada ley contiene un elenco de condiciones generales contenidas en cláusulas que tanto en su validez como eficacia vienen a ser abusivas y por ende nulas así como otras de nulidad relativa y establece el mecanismo procesal para solicitar la nulidad.<sup>388</sup>

En ese sentido, la ley 7472 señala cual es la vía oportuna para reclamar la nulidad de las cláusulas abusivas.

### 5.3.2 Vía para declarar la nulidad de la cláusula abusiva..

El artículo 43 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, relaciona:

**"Artículo 43.- Acceso a la vía judicial.**

Para hacer valer sus derechos, el consumidor puede acudir a la vía administrativa o a la judicial, sin que estas se excluyan entre sí, excepto si se opta por la vía judicial.

En la vía judicial debe seguirse el proceso sumario establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil. El juez, en los procesos por demandas de los consumidores para hacer valer sus derechos, una vez contestada la demanda y siempre que se trate de intereses exclusivamente patrimoniales, realizará una audiencia de conciliación con el fin de procurar avenir a las partes a un acuerdo. De no lograrse, se continuará con el trámite del proceso.

Los procesos que se entablen para reclamar la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de daños y perjuicios en virtud de las violaciones de esta Ley, para los cuales la Comisión nacional del consumidor no tiene competencia, serán conocidos por los órganos jurisdiccionales competentes, de conformidad con este artículo."(subrayado propio)

Los consumidores podrán demandar en sede judicial la nulidad de la cláusula o cláusulas respectivas mediante el proceso sumario<sup>389</sup>, -el problema es que al consumidor se le impuso ese tipo de proceso, cuando en realidad la ley debió regular para el consumidor la posibilidad

---

<sup>388</sup>La nulidad de las cláusulas en contratos de adhesión debería extenderse en forma generalizada a todos los casos similares. No tiene sentido que cada consumidor tenga que demandar individualmente la declaratoria de nulidad. MARTINEZ DE AGUIRRE, El derecho Civil a finales del siglo XX, citado por BAUDRIT CARRILLO, Comentarios a la nueva ley de Protección al Consumidor, op. cit., p. 10.-

<sup>389</sup>El proceso sumario no produce cosa juzgada material, véase el artículo 162 del Código Procesal Civil, con la excepción dicha en el numeral 165 de dicho Código de Rito.

de escogencia del proceso- y solicitará la nulidad de la aplicación de intereses desproporcionados, y en la pretensión, además de la nulidad de la o las cláusulas correspondientes, la devolución de lo cobrado indebidamente es indispensable, tal suma genera intereses legales desde el momento mismo de que el consumidor haya efectuado pago, esto significa que para los suscritos la deuda es líquida inmediatamente después de cada cobro y aplicación a intereses<sup>390</sup> y no desde la sentencia que recaiga en el proceso sumario, porque no aplicaría el principio "*in illiquidis non fit mora*"<sup>391</sup>

pero además, el contrato establece:

"7. IMPUESTOS, OTRAS DEDUCCIONES Y GASTOS: ... Si el Tarjetahabiente fuere obligado por una ley a deducir o retener alguna suma opor cualquier motivo, incrementará la cantidad girada de tal modo que el Emisor reciba a su vencimiento la suma completa a que tiene derecho bajo este contrato, ya que se conviene que los pagos sean netos, y que cualquier cargo por cualquiera de los conceptos expresados o por cualquier otro motivo, sea absorbido por el Tarjetahabiente, quien **renuncia expresamente, aún en las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, a invocar cualquier derecho, ventaja, excepción, defensa, demanda, contrademanda, acción o reclamo de o para pagar a su acreedora en otra moneda que sea la pactada, o a entregar una suma menor o a suspender sus pagos...**"

"20. TRANSACCION INTERNACIONAL. DIVISAS: Las transacciones que se realicen fuera de Costa Rica, en todo caso son y serán consideradas como transacción financiera internacional amparada a la Ley de la Moneda de la República de Costa Rica, incluyendo los pronunciamientos de la Sala Constitucional emitidos al respecto. Por lo tanto, el pago en Dólares de dichas transacciones es parte esencial y el tarjetahabiente se compromete expresamente a hacer todos los pagos relativos a esas transacciones necesariamente

---

<sup>390</sup> El artículo 13 de la ley 7/1995 de Crédito al Consumo española, establece que: "1. Todo cobro indebido derivado de un crédito al consumo producirá inmediatamente el interés legal. Si el interés contractual fuese superior al legal, devengará inmediatamente el primero. 2. Si el cobro indebido se hubiera producido por malicia o negligencia del empresario, el consumidor tendrá el derecho a la indemnización por daños y perjuicios causados, que en ningún caso será inferior al interés legal incrementando en cinco puntos, o del contrato, si es superior al interés legal, incrementado a su vez en cinco puntos".

<sup>391</sup> "El tradicional principio *in illiquidis non fit mora* exige, en los actuales tiempos, un adecuado replanteamiento en sus efectos, mitigando la rigidez y automatismo de su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que se otorga la sentencia, en cuanto ésta no viene a constituir un derecho que se impone a los litigantes, sino a declarar derechos que asistan al acreedor y que sólo se concreta en su extensión cuantitativa, existiendo ya tal derecho." Parte del Fundamento de Derecho 6. de la sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de julio de 1995, citado por LASARTE ALVAREZ Carlos, Deudas Líquidas e Ilíquidas y cobro de Intereses, 1995, p 93.-

en Dólares, siendo ésta parte esencial para el otorgamiento de esta Tarjeta al Tarjetahabiente por lo que el Tarjetahabiente reconoce asimismo su obligación de hacer esos pagos en esa moneda es de tal naturaleza que declara no será afectada por razones de ninguna índole, y que no aducirá eximentes como casos de fuerza mayor o casos fortuitos y renuncia expresamente a cualquier derecho, ventaja, excepción, defensa, demanda, contrademanda, acción o reclamo de o para pagar en otra moneda o entregar una suma menor o suspender los pagos u objetar las acciones o el derecho del Emisor de ser pagado en Dólares".

**"21. CANCELACION ANTICIPADA:** Cualquier atraso en el pago de la Fecha límite indicada en cualquier Estado de Cuenta, dará derecho al Emisor a dar por cancelado este contrato, y por vencido el plazo de este contrato, y le otorgará además la facultad de cobrar la totalidad de los cargos presentes y futuros por la vía judicial por medio de la letra de cambio que en este acto se suscribe, expresamente reconoce el Tarjetahabiente que dicho título ejecutivo es independiente y autónomo y por tanto voluntaria y conscientemente renuncia a utilizar en su descargo el presente contrato..."

Esto significa, que la pretensión en el proceso sumario debe ir también dirigida a solicitar la nulidad de la cláusula del interés por aplicación desproporcionada y contenido contrario a Derecho imperativo y reclamar además la nulidad absoluta de condiciones generales que tiendan a la renuncia de normas procesales y de cualquier reclamo del adherente contra el emisor y existe, porqué no, la posibilidad para repetir lo pagado en cuanto al exceso de intereses en la vía respectiva.

De conformidad con los incisos a), c), f), g) del párrafo dos del artículo 39 de la ley 7472, las condiciones generales contenidas en la cláusula siete, son nulas de pleno derecho. No puede la predisponente, ante la imperatividad de las normas tributarias, trasladar al tarjetahabiente las cargas tributarias ni tampoco el adherente puede renunciar previamente al derecho constitucional de acceder a la justicia (art. 41) ni a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil, tales como al arbitraje o a la conciliación que establece el párrafo segundo del numeral 43 de la Ley 7472.

Por otro lado, si la emisora ejecuta el saldo debido, como consecuencia de la utilización de la tarjeta de crédito y mediante la certificación expedida por Contador Público Autorizado, (art. 611 Código de Comercio, reformado por ley 7558) la emisora podrá perseguir aquellos bienes propiedad del deudor tarjetahabiente y su fiador (en el contrato, el avalista se incluye en la letra como garante del pago del librado aceptante), sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 41 Constitucional y artículo 22 del Código Civil, éste literalmente expresa:

"Artículo 22. La ley no ampara el **abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste**. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso."

De lo anterior se desprende que la teoría del abuso del derecho <sup>392</sup> deja abiertas las puertas para ser aplicado tanto a omisiones como a actos positivos incluyendo a contratantes y terceros, mediante las medidas judiciales o administrativas para impedir su persistencia, medidas judiciales que pueden desde el establecimiento de una medida cautelar atípica en el sumario de nulidad de las cláusulas abusivas.

El problema de la suspensión del abuso radica precisamente en reconocer la urgencia y su efectividad como medida cautelar para lograr prima facie los efectos deseados (protección de valores fundamentales por ejemplo o bien aquellos que generen un daño de difícil o imposible reparación) y si realmente se cumplen los presupuestos para otorgar la medida, no obstante, como se dijo, la pretensión lleva incluso la nulidad no solo de las condiciones generales que son absolutamente nulas como aquellas que son relativamente nulas, es decir, el juez no debe olvidar su función de administrar justicia y la suspensión cautelar del proceso de ejecución del saldo es precisamente lo que se pretende suspender, mientras se dilucida el sumario de nulidad de cláusulas abusivas y consecuentemente del interés desproporcionado.

En todo caso, la Comisión nacional del consumidor, de acuerdo con el párrafo final del artículo 50 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no tiene competencia para conocer de la anulación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, conforme al artículo 39 de esta Ley, ni del resarcimiento de daños y perjuicios. Estos casos deben ser conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes.

### 5.3.2.2. Legitimación activa para accionar.

---

<sup>392</sup>En el ordenamiento jurídico se emiten prohibiciones precisas, sin embargo, también se dictan prohibiciones generales que contienen una amplia gama de conductas, sin especificar cada una de ellas. Ejemplos de estas prohibiciones generales, son las que se señalan como conductas prohibidas o no permitidas por el ordenamiento jurídico, mediante las cuales el agente actúa abusivamente de un derecho subjetivo del que es titular lesionando así, el interés de otros sujetos. El acto abusivo es, entonces, una infracción a un deber genérico derivado también de una prohibición general. FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, *Abuso del Derecho*, 1992, p. 136.-

Expresa el numeral 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que los beneficiarios de las normas de la Defensa Efectiva del Consumidor son los consumidores. El artículo 2 de la ley, relaciona que consumidor es:

"Consumidor: **Toda persona física** o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta, utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello..."

El contrato analizado está suscrito por persona física y por tanto, de conformidad con el numeral 28 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, esa persona física como usuaria es beneficiaria de las normas del Capítulo de la Defensa Efectiva del Consumidor, en virtud de ello no hay mayor discusión y por tanto está legitimado para incoar proceso con el fin de solicitar la nulidad de la cláusula abusiva del interés.

El problema surge cuando el adherente del contrato de tarjeta de crédito es una sociedad mercantil, como tarjetahabiente de acuerdo al régimen de las llamadas tarjetas empresariales o corporativas, pues de la definición de consumidor que el numeral 2 en relación con el artículo 28, ambos de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor relaciona, se tutela al "**destinatario final**"<sup>393</sup>, y excluye a las personas jurídicas cuando no sean destinatarios finales.

Sin embargo, la persona jurídica, en el caso de tarjeta corporativa o empresarial o como se denomine, puede ser objeto de tutela como consumidor, en ese sentido, el art. 2 de la Ley 7472 establece:

"Artículo 2:... Consumidor: Toda persona física **o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta, utiliza los bienes o los servicios...**"

por lo que, en caso de tarjetas empresariales bien podría esa organización o persona de derecho, estar legitimada para accionar en la vía judicial en reclamo de los intereses legítimos.

---

<sup>393</sup> Algunos autores señalan **que hay personas jurídicas que son destinatarias finales de los bienes o servicios adquiridos en el mercado y por lo tanto no procede excluirlas de tutela. Su situación -dicen estos autores- es equiparable a la persona física...** FARINA, op. cit., p. 56.-



Además, las organizaciones de consumidores de acuerdo con los numerales 43 y 51 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva de los Consumidores, pueden accionar en defensa de los intereses de los consumidores, ese artículo 51 indica:

**"Artículo 51. Legitimación procesal**

**Las organizaciones de consumidores están legitimadas para iniciar como parte o intervenir, en calidad de coadyuvantes, en los procedimientos ante la Comisión nacional del consumidor y ante los tribunales de justicia, en defensa de los derechos y los intereses legítimos de sus asociados. La coadyuvancia se rige por lo establecido en la Ley General de la Administración Pública y en el Código Procesal Civil."**

admiten estas normas la posibilidad de que organizaciones de consumidores<sup>394</sup> se legitimen para iniciar o coadyuvar<sup>395</sup> en los procedimientos judiciales y tendientes de acuerdo a un matiz pluralista para que los efectos de la sentencia se extienda a los asociados de ese grupo.

#### 5.3.3.2. Legitimación pasiva.-

Legitimada pasiva será la emisora o predisponente del contrato de tarjeta de crédito o bien todos aquellos que solidariamente participen como emisores, siempre y cuando estén organizados de forma de unión vertical u horizontal, donde el franquiciante o franquiciador, puede ser legitimado pasivo siempre y cuando en conjunto con el emisor explote un contrato de tarjeta de crédito y no como simple colaborador.

Ahora bien, si la emisora fuere una institución bancaria pública y en estricta aplicación de lo dispuesto por el numeral 119 inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y 548 del Código Procesal Civil, la vía administrativa debe agotarse previamente, de lo contrario, la administración accionada opondrá las excepciones o defensas procesales correspondientes (art. 50 LRJCA).

El artículo 43 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece para éste la posibilidad de acudir a la vía judicial, y no deroga implícitamente lo establecido en los artículos citados en el párrafo anterior, por lo que no representa la mejor solución para los intereses del usuario de la tarjeta de crédito y no hay certeza de la duración del proceso y sus consecuencias.

---

<sup>394</sup>Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art. 29 inciso g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

<sup>395</sup>Véase el artículo 106 del Código Procesal Civil.

### 5.3.3 suspensión prima facie del abuso mediante pretensión procesal cautelar atípica.

En caso de acudir a la vía sumaria para demandar la resolución contractual por nulidad de cláusulas abusivas y el pago de daños y perjuicios y ante la lesión de valores fundamentales, -derecho al honor, a la dignidad, a la intimidad-, por ejemplo, es posible solicitar la suspensión prima facie del abuso mediante la medida cautelar atípica.

El fundamento constitucional de la tutela cautelar atípica es precisamente el artículo 41 de la Constitución Política ya que, con utilización de los poderes de dirección y decisión del Juez, además del imperativo artículo 22 del Código Civil, y que como norma sustantiva prevalece sobre la objetiva 242 del Código Procesal Civil, se pueda evitar, mediante un auto con efectos provisionales y modificable antes<sup>396</sup> o en el curso del juicio de mérito que durante el tiempo necesario para reconocer y amparar un derecho subjetivo en sede sumaria el mismo **sea amenazado**<sup>397</sup> (TUTELA PREVENTIVA) o **sufra** (TUTELA CAUTELAR INHIBITORIA) un perjuicio de difícil o imposible reparación.

De acuerdo con la redacción del párrafo segundo del artículo 22 del Código Civil, el espíritu del legislador es evidente, y con fundamento en el artículo 10 del mismo cuerpo legal, en estricta concordancia con el artículo 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y al informarse de la aplicación abusiva de la cláusula de interés y rompimiento del equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato, la realidad social jugará un papel importantísimo en el caso de la suspensión del abuso o el ejercicio antisocial del derecho referido este a la ejecución de la aplicación de la cláusula del interés en el contrato de tarjeta de crédito, que bastará que traspase manifiestamente los límites normales del ejercicio de esa condición general y que sea dañoso por lo que las medidas cautelares atípicas, jugarán un papel importantísimo toda vez que como dice Fairén Guillén "trata de colmar las lagunas que forzosamente se abren en toda regulación de los procesos y medidas cautelares, dada la imposibilidad de prever toda la casuística que la vida ofrece"<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup>De acuerdo con el artículo 241 CPC cualquier medida cautelar puede ser solicitada "antes o en el curso del proceso principal." ARTAVIA BARRANTES Sergio, Derecho Procesal Civil, Tomo II, 1995, pp. 235-236.

<sup>397</sup>En el art. 52 el párr 1º, ley 24240 argentina, habla del consumidor (o usuario) "cuando sus intereses resulten afectados o *amenazados*. FARINA, op. cit., p. 421.-

<sup>398</sup>FAIREN GUILLEN, Víctor, Los procesos y las medidas cautelares en El sistema de medidas cautelares, p.100.

El legislador patrio además de lo ya relacionado, incluyó la institución en el nuevo Código Procesal Civil, artículo 242, la norma que expresa:

"Artículo 242.- Facultades del juez. Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia le cause al derecho a la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución."

A solicitud de alguna de las partes del proceso, incluso el fiador, el juez de Mérito (A-Quo) tiene la posibilidad de emitir medidas o providencias cautelares idóneas a asegurar provisionalmente la eventual decisión sobre el punto sujeto a litigio, siempre y cuando exista el fundado temor que durante el tiempo necesario para hacer valer el derecho ("**FUMUS BONI IURIS**"<sup>399</sup>) \_en la vía sumaria ("**PERICULUM IN MORA**"<sup>400</sup>), el mismo sea anulado o amenazado por un perjuicio inminente e irreparable ("**DANNO TEMUTO**"<sup>401</sup>), esto en tratándose de aplicación de condiciones generales y que lesiones valores fundamentales, por ejemplo o causen daños de difícil o imposible reparación.

Así, de conformidad con el artículo 242 del Código Procesal Civil, cuando el derecho amenazado no esté tutelado por otras medidas cautelares típicas, el juez "...podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación", cumpliéndose el precepto constitucional de "Justicia Prompta y Cumplida con efectos provisionales", tal y como se relacionó ya que la aplicación de condiciones generales que sean desproporcionadas no deben servir de instrumento para dañar a la parte contratante débil, siendo esa la intención del legislador.

---

<sup>399</sup>Para la adopción de cualquier medida cautelar se exige, por regla general, que el solicitante acredite el derecho en base la cual funda su pretensión. También el solicitante de una medida cautelar al pedir su concesión afirma la presencia de una situación jurídica cautelable; sin embargo, la resolución estimando dicha pretensión se va a basar no en la certeza sino en la apariencia, en la verosímil existencia del derecho alegado. CALDERON CUADRADO María Pía, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, 1992, p. 41.

<sup>400</sup>El periculum in mora que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, sino que es, específicamente el peligro de ulterior daño marginal. CALAMANDREI Piero, Providencias cautelares, 1984, p. 42.

<sup>401</sup>Ante la existencia de un peligro genérico razonable, los órganos jurisdiccionales actúan el derecho anticipadamente. PRIETO-CASTRO Leonardo. Comunicación, pp. 145 y s.

El Juez de Mérito al momento de resolver sobre la solicitud de tutela cautelar atípica y urgente<sup>402</sup>, debe reflexionar sobre estas ideas y requisitos:

**A) LA RESIDUALIDAD:** El juez debe constatar que la situación de la cual se pide la tutela cautelar no puede ser resguardada con otros medios cautelares típicos; de los cuales la medida precautoria sería atípica y residual; de constatar su viabilidad, el contenido de la medida pedida será igualmente atípico, ya que, "... para evitar el daño, el Juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución", de conformidad con el artículo 242, párrafo II del Código Procesal Civil; sin embargo, se analizará otra norma imperativa que obliga al Juez al otorgamiento de esta medida;

**B) EL "FUMUS BONI IURIS"** es un juicio positivo sobre la posible existencia del derecho subjetivo del cual se pide tutela, juicio de probabilidad de su existencia que se tutelarán con la medida cautelar atípica y se confirmará o destruirá al momento de la sentencia de mérito, o sea, al ordenar la medida cautelar el Juez debe únicamente constatar sumariamente la aparente existencia del derecho lesionado, siendo en consecuencia, un error analizar el fondo del asunto, y

**C) EL "PERICULUM IN MORA"**, (carácter objetivo), consiste en reflexionar sobre la posibilidad de que durante el tiempo necesario para llevar a buen término la acción de conocimiento, exista un fundado temor que se producirán al derecho del actor (carácter subjetivo) daños de difícil o imposible reparación ("**DANNO TEMUTO**") producto de los normales retardos del proceso.

Precisamente, la configuración de ese abuso deviene en el daño ajeno y en el desbordamiento de los límites del ejercicio del derecho, que puede incluso violar valores fundamentales.

**Evitar que el daño se produzca<sup>403</sup> -sin esperar hasta su efectiva lesión-** es una de las más reconocidas virtudes de este **instituto procesal** que, si bien es cierto es nuevo en nuestro ordenamiento procesal y tal vez por ello poco conocido en sus elementos constitutivos y su aplicación, al sobrepasar la contratación los límites normales del ejercicio de un derecho. Se tutela el daño genérico<sup>404</sup> pero si el mismo es concreto con mucho mayor razón para que la medida sea concedida, sin

---

<sup>402</sup>La función específica del proveimiento de urgencia, como medidas cautelares típicas, dirigidas a neutralizar el "periculum in mora" (que surge hasta los extremos de la irreparabilidad e inminencia del perjuicio) causado de la duración del proceso. PROTO PISANI Andrea, Appunti sulla Giustizia civile, 1982, p. 369.-

<sup>403</sup>Condición general para dictar una medida preventiva, es el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho. CHIOVENDA Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal civil. Volúmen I, p. 319.

<sup>404</sup>Genérico es el daño ya reconocido existente, pero todavía no determinado en su cantidad, específico es el daño declarado cierto también en sus límites cuantitativos. CALAMANDREI, op. cit. p. 158.

embargo, es necesario que el daño debe ser grave, de lo contrario, la providencia cautelar no debe concederse.

La redacción del numeral 242 del Código de Rito permite la interposición de la medida aún antes de la iniciación de un determinado proceso, según lo estipula el artículo 241 del mismo cuerpo de normas procesales, lo que favorece la interposición de la medida sin necesidad de establecer previamente un proceso.

Definitivamente el artículo 22 del Código Civil concede autorización para que judicial o administrativamente se adopten medidas que impidan la persistencia de ese abuso. Además, habrá que considerar que, tal y como lo estipula el artículo 21 del Código Civil, los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, pero siempre existirá el desbordamiento del ejercicio del derecho causando abuso o bien un ejercicio antisocial del mismo, de ahí la trascendencia del numeral 22 del Código Civil.

El numeral 22 del Código Civil en lo conducente refiere que "todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero o para la contraparte (subrayado propio) **dará lugar** (suplida la negrita y el subrayado) ... a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso" lo que hace surgir varias situaciones que es necesario considerar:

a- el acto u omisión en un contrato; sobre todo cuando las condiciones generales relativas a la eficacia del interés es evidentemente desproporcionado;

b- Interpretación de la norma procesal en relación a las normas de fondo; y

Efectivamente si la intención del legislador en la protección al adherente en los contratos de adhesión es restablecer la igualdad jurídica en las relaciones de acuerdo con la buena fe y la equidad, las actuaciones abusivas susceptibles de la medida cautelar atípica serán aquellas que derivan de la ejecución del contrato, por acto positivo o negativo, que a través de la ausencia precisamente de la equidad y buena fe en la interpretación y contenido contractual devienen en abusivos para la contraparte dando como consecuencia la adopción de las medidas correspondientes a nivel judicial o administrativo.

El contexto social del derecho del consumidor como resultado de una tendencia moderna y renovadora en beneficio del contratante débil por el desequilibrio contractual, muchas veces representado por la ausencia de información, la cautelar indeterminada implica para el juez la suspensión de los efectos sin necesidad de sentencia en un proceso, de lo contrario, como se afirmó oportunamente, el daño causado por la espera de la sentencia perfectamente puede

ser irreparable y la norma constitucional 41 ordena que la Justicia sea pronta y cumplida y la lentitud en las resoluciones y decisiones judiciales pueden necesariamente conducir a la irreparabilidad del daño. No debe existir problema alguno respecto de la interpretación de la norma procesal, cuya finalidad es dar aplicación a las normas de fondo.<sup>405</sup>

El juez resolverá si otorga la medida, que no es necesario el trámite incidental, con la simple comprobación de lesión de valores fundamentales y que la actuación sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho para dictar la medida, claro está, considerando el periculum in mora, el fumus boni iuris y el danno temuto. Para abonar más la síntesis expuesta, la norma 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, 22 del Código Civil son imperativas toda vez que ordenan al juzgador la toma de las medidas correspondientes que en todo caso, la 242 del Código Procesal Civil complementará la aplicación del numeral 22 del Código Civil al ser éste totalmente imperativo.

-

Al efecto, el Considerando III del voto 2757-95 de la Sala Constitucional, de 15:54 horas del 30 de mayo de 1995 relaciona:

III.- Se alega en la presente acción la violación al Principio de Libertad de Comercio garantizado en el artículo 46 de la Constitución Política. **La norma impugnada que no es más que una medida cautelar que cualquier demandado en sede judicial, debe rendir de conformidad con los artículos 241 y siguientes del Código de Procesal Civil, no establece ninguna limitación a la libertad de comercio, como tampoco las medidas cautelares significan una limitación al derecho a la justicia,** sino una disposición precautoria que permite garantizar la seriedad de los litigantes, en aras de proteger los derechos de terceros que de otra forma se podrían ver burlados o afectados irreparablemente.

Por otro lado, no puede considerarse temeraria la actuación del adherente al solicitar la medida<sup>406</sup>, máxime que lo hace en protección de sus derechos garantizados constitucionalmente, la medida para evitar una lesión a esos derechos.

El juez puede no otorgar la medida, todo depende de la apreciación del juzgador, en todo caso, de concederse puede modificarse en el curso del proceso. De solicitarse la medida como se relacionó supra, mediante la pretensión procesal separada del proceso sumario,

---

<sup>405</sup>“El objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial” LOPEZ BLANCO Hernando, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, 1991, pp.35-36.- Véanse los artículos 3 y 5 del Código Procesal Civil.-

<sup>406</sup>Consúltese el pronunciamiento C-025-95 de 24 de enero de 1995 de la Procuraduría General de la República, referente a la aplicación de la medida del artículo 58 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que "se trataría de una medida que no respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, principios que determinan también la constitucionalidad de las medidas de intervención económica (Sala Constitucional, N. 2757-93 de las 14:45 hrs. del 15 de junio de 1993)...".- La adopción de medidas cautelares solo corresponde a los órganos jurisdiccionales del estado. SERRA DOMINGUEZ Manuel, Las medidas cautelares en el Proceso Civil, 1974, p.19.-

otorgada la misma, la parte interesada tiene un mes para presentar el proceso principal, en este caso, el sumario (art. 243 Código Procesal Civil), de lo contrario, cesarán los efectos de la medida. (art. 244 Código Procesal Civil).

#### 5.3.4 Conciliación.-

El artículo 43 de la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, prevé la posibilidad de que una vez contestada la demanda, el juez y siempre que se trate de intereses exclusivamente patrimoniales -caso de la cláusula de interés- realizará audiencia de conciliación con el fin de procurar avenir a las partes a un acuerdo. No obstante lo anterior, si no se llegare al acuerdo, el proceso continuará.

Este derecho así como el arbitraje, no pueden renunciarse previamente, de lo contrario, toda cláusula contractual que contenga esa renuncia es nula por contenido (art. 39 párrafo 2 inciso g, LPCDEC), es decir, no puede renunciarse al derecho que todo consumidor tiene garantizado constitucionalmente, según el artículo 41 de la Carta Magna.

#### 5.4 Nulidad de la cláusula. Posibilidad de nulidad absoluta del contrato. In dubio pro consumidor?

En sentencia, el juez declarará, previa constatación de la prueba evacuada, la invalidez de la condición general incluida en la cláusula, ahora abusiva, del interés, por desproporcionado en su aplicación y por su contenido, por violación al derecho imperativo y sin convenio derogable permisible por el ordenamiento jurídico, y apreciará y decretará la nulidad absoluta de aquellas cláusulas que por imperativo legal son totalmente abusivas y nulas y que tienen íntima relación con la cláusula del interés, si así fuere solicitado en la pretensión.

Sin embargo, lo resuelto en el proceso sumario no constituye cosa juzgada material, lo que permite revisar en el proceso ordinario lo que en el sumario se resuelva.<sup>407</sup>

Esto no representa para el consumidor garantía de justicia pronta y cumplida (ex art. 41 constitucional), sino que el emisor bien podría, como se dijo, discutir el tema en un litigio

---

<sup>407</sup>Véase párrafo segundo artículo 445 del Código Procesal Civil.

que bien puede durar años, con el consecuente desgaste físico y psicológico del consumidor. Lo ideal, es la regulación de las condiciones generales en una ley específica, que pueda otorgar mayor celeridad y seguridad no solo para el consumidor, sino para todos aquellos contratantes en todo tipo de contratos en que fuere aplicable, con lo resuelto y la sentencia y sus efectos sean aplicables a todos los contratos de esa índole en general, en el sentido de si la cláusula del interés es desproporcionado por aplicación o bien por contenido, su nulidad beneficia a los demás contratantes. Esto es un tema de mucho discutir en el sentido de si es aplicable a la generalidad como interés difuso o solo para un determinado grupo.

La cláusula del interés <sup>408</sup> - en tratándose de la aplicación del método para calcular el mismo, recuérdese que se trata de una cláusula con nulidad relativa, es decir, de segundo orden según la AGB Gesetz alemana y bastanteadada que fuere-, si excede los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, el juez la declarará nula, por la fundamentación relacionada. Ahora bien, esto es así toda vez que el contenido de la condición general de la cláusula, según el artículo 39 de la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, taxativamente se reputan de nulas, y relativamente nula en varios supuestos, de acuerdo con los efectos contractuales. En todo caso, Gandolfi, en una conferencia en setiembre de 1995, en la Escuela de Especialización de Derecho de la Universidad de Camerino, Italia, indicó que para el Código Europeo de los contratos, era mejor trabajar sobre los efectos contractuales.<sup>409</sup> Sin embargo, por ejemplo, en el contrato de análisis, la cláusula del interés moratorio sobrepasa los límites normales y ello hace a la misma abusiva y nula la condición general en ese sentido.

---

<sup>408</sup>Una proposta appena più sfumata (perché in contrapposizione all'idea di operare a ridosso dell'art. 1341, ventilata dalla Commissione Contri) si legge in M. COSTANZA, Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori, in Giust. civ., 1994, II, 543, 545: "Se intento dei redattori delle proposte di attuazione Φ la elaborazione di una disciplina dei contratti del consumatore, [...] sarebbe più corretto collocare le disposizioni in chiusura della disciplina generale del contratto. In questo caso, però, il contenuto delle norme non potrebbe risolversi in una disciplina delle clausole vessatorie, ma dovrebbe necessariamente allargarsi alle modalità di stipulazione e ai rimedi" PARDOLESI Roberto, Clausole Abusive, pardon vessatorie; verso l'attuazione di una direttiva abusata, tomado de la RED INTERNET, sobre el CODICE CIVILE ANNOTATO ITALIANO. ([http://www.gelso.unitn.it/card-adm/review/contract/pardolesi-1995/pardo5.htm//adhesion cont](http://www.gelso.unitn.it/card-adm/review/contract/pardolesi-1995/pardo5.htm//adhesion%20cont))

<sup>409</sup>Sul progetto di un codice europeo dei contratti. Prof. Giuseppe Gandolfi. "In tale sede si è delineato quale sia stato l'iter formativo del progetto di un codice europeo dei contratti, alla cui elaborazione procede, dal 1990, un gruppo di lavoro riunitosi a Pavia ed al quale partecipano attualmente settanta operatori provenienti dagli Stati membri della Comunità Europea. L'obiettivo primario di tale progetto è quello di creare un corpo di regole e di soluzioni e non un compendio di principii come risulta da precedenti tentativi in materia. Il Relatore ha posto in evidenza i numerosi ostacoli incontrati nel corso del progetto, dovuti principalmente alla difficoltà di attuare un compromesso tra le diverse esperienze giuridiche dei singoli Stati membri. Un esempio tangibile di ciò viene offerto dalla problematica sorta intorno alla decisione di adottare il IV Libro del codice civile italiano come modello per lavori: è chiaro che la nozione, ivi contenuta, di obbligazione come pilastro imprescindibile del contratto, non può essere accolta sic et simpliciter in un'ottica di common law. Pertanto, su proposta del prof. Gandolfi si è attuata una soluzione che prevede l'inserimento dell'obbligazione tra gli effetti del contratto, attuando così una mediazione tra le diverse prospettive. GANDOLFI GIUSEPPE, Sul progetto di codice europeo dei contratti, tomado de la RED INTERNET, (<http://www.gelso.unitn.it/card-adm/review/contract/gandolfi-1995.html>)



El párrafo final del artículo 39, de la ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, contiene el principio in dubio pro consumidor<sup>410</sup>, que en lo que interesa expresa:

"Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente"<sup>411</sup>

En doctrina, sendas corrientes afirman que la cláusula nula no hace invalidar todo el contrato<sup>412</sup>, aún cuando se relacione que el adherente en el contrato de adhesión no ha tenido oportunidad de discutir el cláusulado.

Ahora bien, puede suceder que la nulidad de las cláusulas abusivas, incluyendo la del interés, represente en el fondo la nulidad de todo el contrato, pues no existe en el numeral 39 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor disposición alguna que limite los derechos del consumidor a reclamar un determinado número de cláusulas abusivas. En todo caso, el contrato puede integrarse con la escala jerárquica de fuentes que se advirtió oportunamente.

## 6. Conclusiones.-

La tendencia moderna y progresista dirigida a la protección del consumidor, como respuesta a la restitución de la voluntad del contratante -usuario- en el plano de igualdad, buena fe y conocimiento en la contratación comercial masiva atípica, han llevado al legislador a promulgar en diciembre 20 de 1994, la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Comsumidor, siendo éste un paso importante en la regulación de las condiciones generales en la contratación, pero que en el fondo no es la solución al problema.

En efecto, una regulación de cláusula general, como la AGB Gesetz alemana, (Condiciones generales para la contratación) podría representar una mejor solución para todo tipo de contrataciones y no solo para el caso de la Defensa del consumidor, pues éstas están referidas a una pequeña porción de toda contratación en el universo jurídico.

---

<sup>410</sup>conf. FARINA, op. cit., pp. 299-301.-

<sup>411</sup>Las cláusulas oscuras deben interpretarse "contra stipulatorem" y que siempre deben prevalecer las cláusulas o condiciones más beneficiosas.- BROSETA PONT, op. cit. p. 72.-

<sup>412</sup>Si efectivamente hubiera una cláusula abusiva en su contrato, no estará Vd. obligado por ella en ningún caso. Por otra parte, la nulidad solo se refiere a la posible cláusula abusiva, y las demás cláusulas del contrato seguirán siendo válidas. LOS CONTRATOS, ACABEMOS CON LA CLAUSULAS ABUSIVAS, Y SI SE TRATA EFECTIVAMENTE DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA, SE ANULA EL CONTRATO? Tomado de la Red INTERNET. (<http://www.cec.lu/en/comm/spc/cg/es/q.61>)

Así, aún con la novedad de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que si bien es cierto regula de modo insuficiente algunas instituciones<sup>413</sup> es posible lograr la nulidad y anulabilidad de condiciones generales de la contratación que hayan sido predispuestas y cuando las mismas sean abusivas, sin tratativa preliminar que posibilite el plano de igualdad entre partes y representar así el equilibrio de intereses en todo contratación. Pero, la eficacia de aquellas condiciones generales está sujeta a que hayan sido puestas en conocimiento del adherente o que haya tenido conocimiento con una diligencia ordinaria.

La cláusula del interés en el citado contrato, representada como una condición general en el contrato de tarjeta de crédito, tanto en su contenido como en su aplicación, presentan los siguientes resultados:

- 1. el contrato no indica que el método "saldos promedios diarios" incluya nuevas adquisiciones. Si las utiliza para el cálculo de los intereses, el método es más oneroso para el usuario y beneficioso para el emisor, pero por el renglón constante en el estado de cuenta "cargos por servicios bonificables", demuestra efectivamente que el método si incluye nuevas compras y a tiempo ordinario. (por el día de corte mensual).**
  
- 2. el cálculo del tiempo en el método dicho, no indica si es a tiempo ordinario (365/360) o exacto (365/365), pero por la fecha de corte mensual, de acuerdo con el estado de cuenta, la base de tiempo para el cálculo es a "tiempo ordinario", resulta para el usuario la carga más onerosa y beneficiosa para el emisor,**
  
- 3. el interés moratorio constante en el contrato supera el 30% que determina el párrafo segundo del artículo 498 del Código de Comercio, y que a su vez representa un límite a la libertad contractual, (recuérdese que el contrato fue suscrito en diciembre de 1995). Violación en el contenido de la condición general.**
  
- 4. el mismo contrato señala en su cláusula 21 el vencimiento anticipado y exigible la obligación a través de una "letra de cambio", que como se indicó, la misma es nula, no obstante, dicho documento siempre relaciona una cláusula de interés, y pactada puede relacionar tipos más elevados que los indicados en el contrato en sí, constituyendo una doble carga para el adherente y por que no a la inversa, la letra de cambio contener tipos de interés más beneficiosos y el contrato más onerosos, que puedan traspasar lo razonable y ejecutar el saldo con certificación de Contador Público Autorizado (ex art. 611 Código de Comercio)**

---

<sup>413</sup>El texto del artículo 37 contiene la regulación de la denominada compraventa de puerta a puerta y no incluye de modo genérico a otros contratos que pueden quedar comprendidos dentro de esa regulación mínima, como aquellos que se celebren en el trabajo del consumidor, etc.-

**5. De la redacción de la cláusula sexta del contrato de estudio, el interés de mora por "los saldos atrasados" se carga en la cuenta del tarjetahabiente cuando éste incumpla su obligación de pagar el mínimo señalado en el estado de cuenta, pero si el predisponente no da por vencido el contrato anticipadamente de acuerdo con la cláusula 21 del contrato, el interés corriente puede continuar devengándose, eso como consecuencia del manejo del software.**

**6. Se aplicará ese interés de mora para los cargos financieros?. La mora se producirá por el simple retardo de el tarjetahabiente en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a su cargo y a favor del Emisor, sin necesidad de requerimiento o intimación.**

7. los estados de cuenta analizados, desprenden algo interesante: la emisora - los investigadores así lo entienden- utiliza el concepto "cargos por servicios" para incluir la financiación al tarjetahabiente, pero tanto los cargos como los intereses, -comprendidos como cargos por servicios- con un tipo variable, son sumados al principal todos los meses. Existe en el estado de cuenta, otro renglón denominado "cargos por servicios bonificables" que corresponde a un monto de financiación por compras del mes, y si el tarjetahabiente cancela de contado, dicha suma no le es cobrada, salvo en caso de utilizar la financiación, cuyo monto se recargará al principal.

Lo anterior demuestra que con el renglón denominado "cargos por servicios bonificables" que corresponde a un monto de financiación por compras del mes, la emisora utiliza el método de saldos promedios diarios con nuevas compras y a tiempo ordinario, es decir, esto es así por el sistema de cargos bonificables, por el corte mensual (mismo día) y por la inclusión del cargo dentro del principal.

Estos resultados, son consecuencia de la aplicación de condiciones generales contenidas en el contrato, y la cláusula del interés - en tratándose de la aplicación del método para calcular el mismo, recuérdese que se trata de una cláusula con nulidad relativa, es decir, de segundo orden según la AGB Gesetz alemana y bastantada que fuere-, si excede los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, el juez la declarará nula, por la fundamentación relacionada. Ahora bien, esto es así toda vez que el contenido de la condición general de la cláusula, según el artículo 39 de la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, taxativamente se reputan de nulas, y relativamente nula en varios supuestos, de acuerdo con los efectos contractuales.

Ahora, porqué se reputan nula y anulable la cláusula del interés?

La ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en el numeral 39, siguientes y concordantes refiere a la posibilidad del consumidor para recurrir entre otras cosas, lo siguiente:

**a) invalidez taxativa de las condiciones generales en contratos de adhesión;**

**b) reglas de interpretación de contratos;**

**c) comportamiento abusivo del predisponente, y**

**d) derecho del consumidor a demandar la nulidad o invalidez de la condición**

Así, la norma 39 de la Ley de Promoción de la Competencia, establece en relación con las condiciones generales que refieran a los intereses desproporcionados, dos posibilidades para:

a- ubicar la desproporcionalidad dentro del inciso c) de las condiciones generales abusivamente nulas, y

b- dentro del marco del inciso d) para la anulabilidad.

La primera posibilidad no deja duda, la nulidad absoluta por ser la condición general totalmente abusiva y en el caso del contrato analizado, el interés de mora supera el 30% que establece el numeral 498 del Código de Comercio -derecho imperativo y por ende nula y abusiva la cláusula de interés de mora y por la segunda, la nulidad relativa es subsanable, pero tal y como se ha estimado en las tablas #4, #5 y #6 de esta investigación, lo más beneficioso para el consumidor es la aplicación de un método que beneficie sus intereses si el método y su fórmula no está determinado, procediendo el consumidor a entablar las acciones legales correspondientes con el fin de lograr la nulidad o anulabilidad correspondientes.

Lograda la nulidad de cláusulas, el contrato como unidad, debe integrarse con normas del ordenamiento jurídico para su debida interpretación.

En el fondo, se intenta evitar el desequilibrio regulando las condiciones generales en los contratos y en materia de protección al consumidor, el numeral 39 de la Ley es una buena opción.

#### RECOMENDACIONES.-

I. Las condiciones generales de la contratación deben ser reguladas por una ley general y no para supuestos especiales, como el caso de la Ley de Promoción de la Competencia y defensa Efectiva del Consumidor.

II- Esa ley de condiciones generales de la contratación, debe seguir el sistema de cláusula general, basada en la buena fe y equilibrio contractual.

III- En el caso de la cláusula de interés en contratos de tarjeta de crédito el interés variable debe alcanzar tasas razonables, no usurarias, y una solución podría ser incluir en el contrato índices objetivos en la aplicación de este tipo de interés, además debe ser comunicado al usuario;

IV- La aplicación del derecho de información a los adherentes, en cuanto permita conocer de las condiciones generales y hasta hacer posible su discusión y negociación, llevan a los consumidores a tomar mejores decisiones a la hora de escoger los diferentes sistemas crediticios.

V- Las tasas de interés corriente y de mora, deben cumplir con los parámetros legales establecidos y para el caso de la variabilidad del tipo, es conveniente que el mismo sea razonable y evitar que el mismo sea abusivo. No solo eso, sino que debe ser comunicado, como el mismo contrato lo señala, permitiendo así al consumidor la posibilidad de financiar el saldo para cancelar el adeudo y obtener mejores condiciones crediticias.

VI- En cuanto al reclamo de cláusulas abusivas en contratos de la naturaleza de la tarjeta de crédito, será conveniente para la emisora el fallo en el proceso sumario para declarar la nulidad y anulabilidad de condiciones generales con el fin de que ésta varíe el contrato de adhesión con cláusulas más beneficiosas para el consumidor, en caso de no acceder a una conciliación?