



UNIVERSIDAD  
DE LA REPUBLICA  
URUGUAY



# **Cláusulas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito: tutela del consumidor**

Tesis presentada por Tebisey Padrón Vega, con  
el objetivo de obtener el título de Magíster en Derecho  
Comercial, generación 2018

Facultad de Derecho

Universidad de la República

Tutor: Dr. Carlos E. López Rodríguez

Montevideo, 2024



# Índice

Abreviaturas .....	7
Introducción.....	11
1. Selección y delimitación del tema.....	11
2. Justificación del tema seleccionado.....	14
3. Objetivos generales y específicos .....	15
4. Métodos .....	19
Capítulo primero: Tarjeta de crédito como contrato de adhesión .....	21
I. Tarjeta de crédito.....	21
A. <i>Concepto</i> .....	21
B. <i>Componentes del sistema comercial de la tarjeta de crédito</i> .....	27
C. <i>Contrato de tarjeta de crédito</i> .....	34
1. Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre la entidad emisora y el tarjetahabiente. ....	41
2. Caracteres del contrato de tarjeta de crédito.....	50
3. Marco normativo .....	55
II. Los contratos de adhesión.....	60
A. <i>Concepción clásica de la contratación y contratos de adhesión</i> .....	60
B. <i>Origen y justificación de los contratos de adhesión</i> .....	61
C. <i>El concepto de contrato de adhesión en la legislación</i> .....	65
1. Legislación nacional .....	65
2. Legislación española .....	76

Capítulo segundo: Modelos de sistema de control y prohibición de cláusulas abusivas.....	82
I. Modelos existentes .....	82
II. Sistema de prohibición y control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho español .....	88
A. <i>La Directiva europea 91/13/CEE</i> .....	88
B. <i>Modelo español</i> .....	91
1. <i>Ámbito en el que rige la prohibición de las cláusulas abusivas</i> 93	
2. Sistema de prohibición .....	93
3. Sistema de control sobre las cláusulas abusivas .....	98
a. Control de incorporación .....	103
b. Control de contenido .....	106
c. Control de transparencia .....	108
d. Consecuencias de la no superación de los controles .....	109
III. Sistema de prohibición y control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho uruguayo .....	116
A. <i>Ámbito en el que rige la prohibición de las cláusulas abusivas</i> .....	116
B. <i>Sistema de prohibición: sistema mixto</i> .....	117
C. <i>Sistema de control: control de contenido</i> .....	125
1. Control administrativo .....	126
2. Control judicial de contenido .....	129
a. Consecuencias de la no superación de control de contenido: nulidad de la cláusula e integración del contrato .....	131
b. Mejoras propuestas.....	143
Capítulo tercero: Cláusulas abusivas .....	157
I. Fundamento jurídico de su prohibición .....	158

A. Protección de los cimientos básicos del Derecho contractual .	162
B. Protección del contrato como instrumento para la eficiente asignación de los recursos .....	169
Nuestra posición .....	170
II. Clases de cláusulas abusivas .....	171
A. Cláusulas desequilibrantes.....	172
B. Cláusulas contrarias a la obligación de actuar de buena fe ....	178
C. Cláusulas contrarias al principio de transparencia .....	181
III. Elenco de cláusulas abusivas .....	187
A. Cláusulas que implican renunciaciones a derechos del consumidor	189
1. Las que habiliten a incluir en los estados de cuenta cargos no pactados de forma previa.....	189
2. Cláusulas que releven irrevocablemente el secreto bancario	191
3. La que habiliten la imposición unilateral al usuario de la contratación de seguros o servicios no solicitados .....	192
B. Cláusulas con imposiciones abusivas para el consumidor.....	193
1. Compensación de saldos y facultad de decidir en qué moneda se financia la compra .....	193
2. Vale en blanco .....	196
3. Imputación de la paga e intereses .....	209
4. Cláusula de aceleración de vencimiento .....	222
C. Cláusulas que establecen ventajas abusivas para el proveedor .....	223
1. Cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al proveedor sin causa razonable o justa causa .....	223
2. Las cláusulas que autorizan al proveedor a modificar los términos del contrato.....	245

3. La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor .....	250
Conclusiones.....	254
Bibliografía .....	258

## Abreviaturas

AIDP	Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
ADCU	Anuario de Derecho Civil Uruguayo
AP	Audiencia Provincial
BCU	Banco Central del Uruguay
BJN	Base de Jurisprudencia Nacional
CC	Código Civil
CCE	Código Civil español
CCom	Código Comercial
CEE	Comunidad Económica Europea
Cesco	Centro de Estudios de Consumo
CGP	Código General del Proceso
CN	Constitución nacional
Felaban	Federación Latinoamericana de Bancos
FCU	Fundación de Cultura Universitaria
JLCivil	Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil
JLC	Juzgado Letrado de Concurso
LCGC	Ley nº 7/1998, del 13 de abril, de condiciones generales de la contratación
LIU	Ley nº 18.212/2007, del 20 de noviembre, de Tasas de Interés y Usura

LJU	La Justicia Uruguay
LL	La Ley
LMPE	Ley nº 19.731/2018, del 28 de diciembre, de Medios de Pago Electrónicos
LRC	Ley nº 17.250/2000, del 11 de agosto, de Relaciones de Consumo
LTV	Ley nº 14.701/1997, del 21 de setiembre, de Títulos Valores
RNRCSF	Recopilación de Nomas de Regulación y Control del Sistema Financiero
SCJ	Suprema Corte de Justicia
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
SJLC	Sentencia del Juzgado Letrado de Concurso
SJLCiv	Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil
STAC	Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil
STCA	Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SSCJ	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Civil
TCA	Tribunal de lo Contencioso Administrativo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 16 de noviembre de 2007
TS	Tribunal Supremo

Udeco

Unidad Defensa del Consumidor



## Introducción

### 1. Selección y delimitación del tema

Si bien los orígenes de la tarjeta de crédito pueden remontarse a las primeras décadas del siglo XX en Estados Unidos con modalidades un tanto diferentes a como se las conoce en nuestros tiempos<sup>1</sup>, continúa siendo hasta hoy en día una potente herramienta para las transacciones comerciales, cumpliendo un rol fundamental como instrumento de pago propio del comercio electrónico. En palabras de RODRÍGUEZ AZUERO, la tarjeta de crédito ha sido uno de los instrumentos que han desarrollado en forma más dinámica la moderna sociedad de consumo<sup>2</sup>.

Su origen histórico se sitúa en el comienzo del siglo pasado en Estados Unidos, cuando ciertas cadenas de hoteles emitieron tarjetas personalizadas para sus mejores clientes, las cuales eran entregadas para ser utilizadas en los servicios de hotelería asociados a dicha cadena de hoteles, en cualquier punto del país, sin necesidad de pago efectivo alguno<sup>3</sup>, siendo los consumos o estadías liquidados a posteriori por las oficinas centrales de la empresa. Dicho sistema se extendió de forma casi simultánea a las grandes empresas petroleras, que comenzaron a emitir estas tarjetas para sus clientes habituales, sus ejecutivos y empleados, como método de compra y de control de gastos<sup>4</sup>.

Ya en tiempos posteriores, las tarjetas de crédito fueron extendiendo su uso a las grandes tiendas y almacenes y fundamentalmente hacia 1940

---

<sup>1</sup> COHEN VENTURA, M., «Nueva regulación de los intereses en las tarjetas de crédito», *Estudios Jurídicos*, nº 7 (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2009), p. 253.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, 4ª ed. (Bogotá: Felaban, 1990), p. 381.

<sup>3</sup> COHEN VENTURA, «Proyecto de ley de sistema de tarjeta de crédito. Incidencia en el derecho de la competencia», *Hacia un nuevo Derecho Comercial. Sociedades – Contratos – Concursos* (Montevideo: FCU, 2012), p. 341. MUGUILLO, R., *Tarjeta de crédito: Régimen legal. Doctrina. Jurisprudencia* (Buenos Aires: Astrea, 1994), p. 3.

<sup>4</sup> MUGUILLO, op. cit., p. 4.

comenzaron a utilizarse por las líneas aéreas y de ferrocarril, que extendían tarjetas a ciertos usuarios con similar funcionamiento y características.

Estas primeras apariciones de la tarjeta integran, lo que puede considerarse, el primer peldaño de la etapa evolutiva de la tarjeta de crédito, caracterizada por un relacionamiento de carácter bilateral. Entre, por un lado, la empresa que vendía bienes o servicios y absorbía su financiación, y, por otro, el consumidor de éstos que abonaba de forma mensual la liquidación de sus compras o gastos, o las cuotas de financiación de tales compras. Una vez abonada la liquidación o un determinado número de cuotas en el caso de la financiación, el crédito por el monto acordado se reabría de forma automática<sup>5</sup>.

A partir de 1949 se inicia la segunda etapa del sistema de tarjeta de crédito, denominada faz plural o multiforme de la tarjeta, en la cual aparece en el mercado norteamericano, la primera empresa emisora de tarjetas de crédito con este objetivo propio, denominada *Diners Club*. Esta empresa comienza a emitir tarjetas para rubros muy limitados, que, poco a poco, comenzaron a extenderse hasta ser prácticamente admitida como forma usual en la adquisición de múltiples bienes y servicios. Fundamentalmente en los servicios de turismo, viajes y diversiones y ya no solo a nivel nacional, sino también internacional.

Este éxito determinó la aparición de una nueva empresa originariamente prestataria de servicios de turismo, que lanzó la tarjeta de crédito *American Express Co*, logrando, con su infraestructura de turismo, un desarrollo y extensión más amplia que la empresa anterior.

Ya hacia la década del 50, comienzan a surgir innumerables tarjetas de crédito y a aparecer un nuevo sujeto en la relación comercial: las entidades bancarias como emisoras de las tarjetas de crédito o como administradora de éstas, garantizando el pago de sus mejores clientes frente a la empresa emisora de la tarjeta.

Con este hito se abre una nueva etapa o fase de desarrollo de las tarjetas de crédito, en la que su extensión lleva a que el uso abarque desde los artículos de primera necesidad a la adquisición de bienes de gran valor,

---

<sup>5</sup> MUGUILLO, op. cit., pp. 3-5.

pasando de su utilización en el sistema local al internacional y generando una necesidad de regulación de esta operativa<sup>6</sup>.

La extensión del uso del sistema de tarjeta de crédito comenzó a aparecer en los países europeos al poco tiempo del inicio en el mercado norteamericano, no obstante, su arraigo fue mucho más lento, logrando insertarse como un uso corriente en Inglaterra recién en la década del 60 y de forma mucho más lenta en Francia, Alemania, Bélgica, Italia y España, países más arraigados al uso de efectivo<sup>7</sup>.

En nuestro país, su llegada fue más tardía y su evolución más gradual. Su nacimiento estuvo pensado para administrar fondos privados entre los socios o usuarios integrantes del sistema, apareciendo las primeras tarjetas (Credisol, Créditos Personales, Plata Card) como círculos cerrados de crédito, con la finalidad de facilitar el acceso al consumo, diferir los pagos y sustituir la moneda. Es recién a fines de la década del 70 y principios de los 80 que los bancos comienzan a interesarse en la emisión de tarjetas de crédito, al detectar el atractivo y la viabilidad del negocio de consumo. Con su intervención y la contratación de los bancos con los sellos internacionales para incrementar su potencial clientela, la tarjeta de crédito fue adquiriendo dimensiones masificadas en nuestro país y llegando a nuevos clientes y negocios<sup>8</sup>.

El sistema negocial creado por la tarjeta de crédito se ha convertido en un fenómeno contractual globalizado, que se ha expandido en todo el mundo, siguiendo un modelo similar y con características comunes en todos los países<sup>9</sup>. Extremo que nos permite realizar un tratamiento de la tarjeta de crédito, centrándonos, fundamentalmente, en la regulación del Derecho uruguayo y español y en los aportes que la doctrina ha desarrollado en estos países, pero sin perder de vista la referida internacionalidad.

---

<sup>6</sup> MUGUILLO, op. cit., pp. 6-8.

<sup>7</sup> MUGUILLO, op. cit., p. 9.

<sup>8</sup> FACAL SEOANE, J., «Análisis del proyecto de ley de tarjetas de crédito aprobado por unanimidad en diputados: la protección del interés general, el equilibrio en el mercado y la necesidad de cambiar los roles del BCU», *Revista CADE. Doctrina y Jurisprudencia*, t. 18, año 4 (Montevideo: CADE, 2012), p. 89.

<sup>9</sup> MARIÑO LÓPEZ, A., *Responsabilidad por utilización indebida de tarjeta de crédito* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004), pp. 20-26.

Como podremos analizar en el desarrollo del trabajo, la contratación por el usuario de una tarjeta de crédito se inserta en un sistema complejo de relaciones trilaterales, que podemos sintetizar de la siguiente forma: *a-* relación entidad emisora- usuario de la tarjeta, *b-* relación entidad emisora – proveedor adherido al sistema y *c-* relación usuario de la tarjeta – proveedor adherido<sup>10</sup>. Si bien en el desarrollo de la presente investigación nos adentraremos en el análisis del sistema negocial creado por la tarjeta de crédito, pues, es necesario para comprender las características del contrato de tarjeta de crédito, nuestro estudio se centrará únicamente en el análisis de una de las relaciones trilaterales que integran el sistema: la relación entablada entre el emisor de la tarjeta de crédito y el usuario de ésta, mediante el contrato de emisión de tarjeta de crédito.

Dejaremos fuera del alcance de este trabajo, el estudio del contrato que une al emisor de la tarjeta de crédito y los establecimientos comerciales adheridos al sistema que se obligan ante la entidad emisora a aceptar la tarjeta que exhiba el usuario como medio de pago, así como el contrato celebrado entre el consumidor y el establecimiento comercial al momento de adquirir los bienes o servicios mediante la utilización de la tarjeta de crédito.

El denominado contrato de emisión de tarjeta de crédito a cuyo estudio nos abocaremos, reúne las características típicas de un contrato de adhesión o de las denominadas condiciones generales de contratación en el régimen jurídico español. En base a dicho carácter, analizaremos la aplicabilidad de las normas de protección al consumidor a este contrato, enfocándonos, fundamentalmente, en el estudio de la prohibición de la incorporación de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor.

## **2. Justificación del tema seleccionado**

La trascendencia jurídica que han adquirido las cláusulas abusivas en la contratación mercantil en los últimos tiempos es una de las consecuencias que

---

<sup>10</sup> LARRAÑAGA ALFARO, L., COLLAZO, G., MUÑOZ, E., QUIRÓ SALDAÑA, J., «Prácticas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo (ADCU)*, t. XXXIV (Montevideo: FCU, 2004), p. 593. MUGUILLO, op. cit., pp. 34-35.

ha provocado el consumo masivo de bienes y servicios imperante en nuestra sociedad. La celebración de contratos predispuestos por el empresario al consumidor es la forma típica que ha adoptado la contratación comercial de consumo, particularmente en el ámbito de la contratación bancaria o de servicios financieros, ámbito al que pertenece el contrato de emisión de tarjeta de crédito.

En esta realidad subyacente de los contratos de adhesión en los cuales hay una posición dominante del oferente de bienes y servicios respecto del consumidor<sup>11</sup>, los proveedores y, en particular, las entidades financieras emisoras de tarjetas crédito, tienen a su disposición un ámbito propicio para limitar sus propios riesgos y responsabilidades, utilizando su posición ventajosa en detrimento de los intereses y derechos de sus clientes. Por ello nace la necesidad de conferir un régimen de protección al consumidor frente a los eventuales abusos en la contratación mercantil, consagrando diversos mecanismos de prohibición y control contra las cláusulas abusivas, que serán objeto de estudio en esta tesis.

### **3. Objetivos generales y específicos**

La presente investigación tiene como objetivo general, primeramente, analizar el sistema negocial creado por la operativa de la tarjeta de crédito y las características principales de su contrato de emisión, para luego partiendo de su categorización como contrato de adhesión, intentar responder algunas interrogantes con relación a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de emisión de tarjeta de crédito.

El objetivo específico de esta tesis consiste en buscar una respuesta o solución al principal problema que nos planteamos<sup>12</sup>: ¿se encuentra el consumidor financiero adecuadamente protegido en el ordenamiento jurídico nacional ante la eventual utilización de cláusulas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito? Para encontrar una solución a la cuestión jurídica planteada,

---

<sup>11</sup> CREIMER BAJUK, I., «Obligaciones y contratos comerciales. Algunas observaciones complementarias generadas por el paso del tiempo», *Estudios jurídicos*, n° 3 (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2007), p. 74.

<sup>12</sup> DE LIMA LOPES, J.R. «Regla y compás, o metodología para un trabajo sensato», *Observar la ley* (Madrid: Trotta, 2006), pp. 53-57.

esto es, verificar una hipótesis o solución, partiremos del siguiente presupuesto<sup>13</sup>: las cláusulas abusivas se encuentran prohibidas en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, en virtud de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley n° 19.731 (en adelante LMPE) y arts. 6 literal D, 30 y 31 de la Ley n° 17.250 (en adelante LRC).

Partiendo de este presupuesto, efectuaremos un análisis del contrato de emisión de tarjeta de crédito, para luego discurrir por el instituto de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión desde la óptica de la búsqueda de una respuesta a la interrogante formulada como problema<sup>14</sup> para esta tesis. Analizando, en definitiva, cual es el sistema de prohibición y control sobre las cláusulas abusivas instaurado en el Derecho nacional, pero desde una perspectiva analítica – crítica, buscando evaluar su eficacia para la protección del consumidor financiero respecto de las cláusulas abusivas que eventualmente puedan incorporarse en los contratos de tarjeta de crédito.

A los efectos de enriquecer el análisis, estudiaremos los mecanismos de prohibición y control contra las cláusulas abusivas que el legislador ha puesto al alcance del consumidor en el ordenamiento jurídico español. La elección del estudio de esta legislación fue determinada por la búsqueda de las fuentes de derecho utilizadas por la LRC en materia de cláusulas abusivas.

La norma nacional ha seguido como modelo el art. 44 el proyecto de Protocolo del Mercosur de Defensa del Consumidor, el cual tomó como fuente las disposiciones consagradas en la Directiva europea 93/13/CEE<sup>15</sup>. Esto determina que exista una clara similitud entre la regulación española y uruguaya sobre el tema que nos convoca, permitiendo enriquecernos con los innumerables y profundos análisis realizados por la doctrina y jurisprudencia europea, que funcionarán como fuentes de inspiración para posibles mejoras de la regulación nacional.

---

<sup>13</sup> Presupuesto es lo que ya se sabe, no debiendo confundirse con la hipótesis, que es aquello que se procura confirmar, es decir, el conocimiento que se desea fundamentar (DE LIMA LOPES, op. cit., p. 59).

<sup>14</sup> DE LIMA LOPES, op. cit., p. 57.

<sup>15</sup> ORDOQUI CASTILLA, G., *Desequilibrio en los contratos: privados y públicos* (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2008), p. 733.

El contrato que se celebra entre la entidad emisora de la tarjeta y el usuario ha sido -hasta hace muy poco tiempo- un contrato atípico o *sui generis*, existiendo diversas posiciones doctrinarias acerca de su naturaleza jurídica. Si bien no se encontraba regulado legalmente en nuestro Derecho, encontrábamos diversas disposiciones de naturaleza administrativa o reglamentaria dictadas por el Banco Central del Uruguay (BCU) que le eran aplicables. Con la aprobación de la LMPE de regulación de los sistemas de tarjeta de débito, instrumentos de dinero electrónico y tarjetas de crédito, publicada el 28 de enero de 2019, por primera vez se regula la tarjeta de crédito en una norma de rango legal y en sus arts. 12 a 18, se regula el contenido mínimo del contrato que vincula al emisor de la tarjeta y el tarjetahabiente, las obligaciones de las partes, la responsabilidad del emisor, así como, concretamente, la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas.

En la búsqueda de una solución a la cuestión jurídica planteada como problema, partiremos, dentro del primer capítulo de este trabajo, de un análisis del contrato de emisión de tarjeta de crédito,<sup>16</sup> comenzando por un estudio del concepto de tarjeta de crédito y su función económica, para centrarnos luego, en el contenido y características del contrato de emisión de la tarjeta, desentrañando el entramado de derechos y obligaciones que de él se derivan. Fundamentalmente, nos centraremos en las particularidades que tiene este contrato como contrato de adhesión, profundizándose en su concepto legal consagrado en la legislación nacional y española.

Más adelante, nos dedicaremos a analizar la aplicabilidad de la prohibición de cláusulas abusivas dispuesta en la LRC y en la reciente LMPE al contrato de adhesión denominado contrato de emisión de tarjeta de crédito.

En el siguiente capítulo, investigaremos los principales modelos que se conocen a nivel comparado respecto a los sistemas de control de la prohibición de cláusulas abusivas, enfocándonos fundamentalmente en los sistemas instaurados en España y Uruguay, buscando desarrollar un aporte a la doctrina en referencia a sus características y principales diferencias. Culminaremos este

---

<sup>16</sup> En el análisis del contrato de emisión de tarjeta de crédito fue realizado fundándonos básicamente en los aportes de la doctrina nacional, sin embargo, no hemos podido dejar de citar a algunos juristas argentinos y colombianos que son una referencia obligada en el tema.

capítulo con un análisis de las fortalezas y debilidades del sistema de prohibición y control nacional, aspirando a contribuir en la identificación de eventuales mejoras del sistema para la protección del consumidor financiero respecto a la utilización de cláusulas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito.

Finalmente, en el tercer y último capítulo aspiramos a contribuir a un estudio profundo de las cláusulas abusivas, analizando su concepto jurídico, muchas veces distante de lo que, en el lenguaje llano o no técnico<sup>17</sup> suele entenderse como condiciones o cláusulas abusivas. Ensayaremos diversas hipótesis respecto a cuál es el fundamento último que cimienta la protección del consumidor contra estas cláusulas abusivas<sup>18</sup>. Procurando determinar qué es lo que ha buscado el legislador mediante la prohibición de dichas cláusulas abusivas. Para esto, nos plantearemos diversas hipótesis que pueden dar respuesta a la interrogante planteada. Tales como: ¿el legislador las prohíbe por cuanto violentan determinados cimientos que el Derecho quiere proteger, como puede ser el principio de igualdad y libertad, el equilibrio del contrato, la protección contra el abuso del derecho, la protección de la buena fe contractual, el valor del silencio y el consentimiento? ¿o las prohíbe por ser cláusulas específicas que el legislador tiene un interés concreto en que no se incluyan en los contratos de adhesión?

Analizaremos cuales son los criterios legales que determinan la abusividad de una cláusula, planteando la necesidad de indagar cuales son las diversas clases de cláusulas abusivas prohibidas en nuestro sistema de derecho y, concretamente, cuál es el elenco de cláusulas que aparecen expresamente prohibidas en los contratos de adhesión en general y en el contrato de emisión de tarjeta de crédito en particular. Para finalmente

---

<sup>17</sup> Como ha sostenido CRUZ PARCERO, desde tiempos antiguos el derecho ha ido creando un lenguaje técnico formado de conceptos que, si bien suelen partir del lenguaje común, poco a poco se van apartando para convertirse en términos técnicos (CRUZ PARCERO, J.A., «Los métodos para los juristas», *Observar la ley* (Madrid: Trotta, 2006), p. 27.

<sup>18</sup> Realizaremos, como enseña CRUZ PARCERO, dentro de la labor de sistematización del derecho o material jurídico, la búsqueda de los principios y fines que se encuentran subyacentes en el derecho, esto es, que no se encuentran explícitamente formulados en las leyes o por el legislador (CRUZ PARCERO, op. cit., p. 31).

centrarnos en analizar cuáles son las cláusulas abusivas más habituales en el contrato de emisión de tarjeta de crédito.

#### 4. Métodos

Pues bien, una vez delineado el objetivo del presente trabajo, corresponde señalar cuál ha sido, en definitiva, el método o camino que hemos seguido en nuestra investigación. Metodología es el “conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal” y por método (del latín *methodus*) se entiende el “procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla”, concepto que se deriva precisamente de las raíces de este término: *meta*, “más allá” y *odos*, “camino”<sup>19</sup>. Y cuando hablamos de metodología jurídica, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para el caso que estamos analizando.

En este proceso o camino de búsqueda de una respuesta a la cuestión jurídica planteada en esta tesis, hemos acudido en primer lugar, a la determinación y análisis de la legislación y normativa administrativa aplicable a los contratos de emisión de tarjeta de crédito, sin olvidar, con carácter previo, la existencia de una regulación general aplicable al Derecho Contractual. Precisamente por esto, yendo de lo general a lo específico y dada una de las características fundamentales de los contratos de emisión de tarjeta de crédito como contrato con condiciones generales predeterminadas, se hará necesario estudiar la legislación tuitiva del consumidor adherente aplicable a los contratos de adhesión. Analizaremos si esta normativa es aplicable al contrato de emisión de tarjeta de crédito, como paso previo a su estudio. Tras la determinación de la normativa aplicable al objeto de nuestro estudio, procederemos a su análisis, para lo cual se ha realizado, primero, una búsqueda de la literatura jurídica que directa o indirectamente aborda el tema, para luego realizar una búsqueda de los pronunciamientos jurisprudenciales que encontramos al respecto. El análisis de la jurisprudencia realizado se ha centrado en los fallos publicados en la Base de Jurisprudencia Nacional, así

---

<sup>19</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., versión 23.6 en línea, disponible en: <https://dle.rae.es> (consultado el 13/04/2023).

como en los *Anuarios de Derecho Civil* desde 2015 a 2020 y *Anuarios de Derecho Comercial* desde el 2001 a 2012<sup>20</sup>.

Asimismo, con la finalidad de aportar información empírica a la presente investigación, se realizó un estudio de los contratos de emisión de tarjeta de crédito más comunes utilizados en plaza y un relevamiento de la práctica administrativa sobre la materia, aspecto sobre el cual se agradece especialmente al Dr. Daniel Artecona -Gerente de Asesoría Jurídica del BCU- por los importantes aportes que ha realizado a esta investigación.

A través del estudio de la doctrina y la jurisprudencia nacional, el contraste de la normativa europea y la doctrina y jurisprudencia española sobre la materia (método dialéctico) y del propio análisis que se realiza en esta investigación, obtendremos un análisis y crítica de la regulación aplicable y su interpretación, llegando a la elaboración de propuestas de *lege ferenda* o eventuales mejoras para el marco normativo nacional vigente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Último *Anuario de Derecho Comercial* publicado. Se revisaron, también, los diversos números de la *Revista de Derecho Comercial* desde 2016 hasta la última edición publicada, sin encontrarse aportes a la materia de estudio.

<sup>21</sup> “*La investigación de lege ferenda se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reemplazo, enmienda o complementación por otra norma aún no vigente, propuesta por el investigador*” (COURTIS, R., «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», *Observar la ley* (Madrid: Trotta, 2006) p. 125).

# Capítulo primero: Tarjeta de crédito como contrato de adhesión

## I. Tarjeta de crédito

### A. Concepto

Preliminarmente corresponde destacar, siguiendo a PÉREZ FONTANA que el nombre de tarjeta de crédito tiene diversas acepciones, pudiendo referirnos a una cosa material o a dos contratos diversos. Esto es, podemos referirnos al documento tarjeta de crédito, a un modo de extinguir las obligaciones o a una operación bancaria mediante la cual el banquero concede un crédito al usuario de la tarjeta<sup>22</sup>. Siguiendo al citado autor podemos definir la tarjeta de crédito como *“el documento que legitima a su tenedor para hacer uso del modo de extinguir obligaciones conocido con ese nombre”*. La referida definición hace énfasis en que se trata de una cosa – documento- que desempeña la función específica de legitimar a su tenedor para el ejercicio de un derecho previamente adquirido. Asimismo, destaca que la tarjeta de crédito no es un título valor en tanto le faltan las menciones esenciales exigidas por la LTV para la existencia de un título valor ni tampoco puede concebirse como un medio de pago, en tanto, cuando el usuario de la tarjeta compra una cosa o contrata un servicio y firma el cupón o *voucher* delegando el pago en el emisor. Entonces, en definitiva, no realiza un pago, sino que se libera de la obligación contraída, que es asumida por el emisor, quien ha aceptado dicha delegación, al igual que los proveedores adherentes al sistema, mediante los contratos celebrados con el usuario y los adherentes<sup>23</sup>.

La doctrina define a la tarjeta de crédito, no como un contrato en el sentido estricto del término, sino más bien como un sistema negocial o contractual integrado por contratos conexos o vinculados funcionalmente, por el cual una entidad financiera o bancaria conviene con el cliente la apertura de un

---

<sup>22</sup> PÉREZ FONTANA, S., *La Tarjeta de crédito* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989) p. 15.

<sup>23</sup> PÉREZ FONTANA, op. cit., p. 22-24.

crédito determinado que podrá ser utilizado para la adquisición de bienes o servicios en los comercios que se indique, mediante la exhibición de la tarjeta de crédito y acreditación de identidad de su titular<sup>24</sup>. En este sentido, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ señalan que, entre todos los negocios o vínculos obligaciones que integran el contrato de tarjeta de crédito, se destaca como fundamental la apertura de crédito<sup>25</sup>, que es el que brinda el objetivo fundamental del negocio, en tanto, el tarjetahabiente contrata con la entidad emisora dado que desea tener la disponibilidad eventual de un crédito para utilizar en el momento que lo necesite, destacándose la función financiera al contrato<sup>26</sup>.

También ha sido definida en nuestra doctrina por MILLER ARTOLA como un medio de pago electrónico que habilita a su titular a hacer uso de una línea de crédito otorgada y a realizar compras de bienes, servicios y efectuar extracciones de efectivo hasta un límite previamente fijado por la entidad emisora<sup>27</sup>.

Parece haber consenso en la doctrina en aceptar que es improcedente conceptualizar la tarjeta de crédito en sí misma como instrumento electrónico sin vincular su definición con la noción del sistema que integra, como un conjunto complejo de contratos individuales, conexos, con un interés o finalidad común<sup>28</sup>, que no es otro que el funcionamiento del propio sistema que la tarjeta integra. La tarjeta en sí misma, no es un contrato, sino el efecto de éste, por

---

<sup>24</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, R., «Tarjeta de crédito» *Curso de Derecho Comercial*, 4ª ed., Coord. por HOLZ BRANDUS, E. y POZIOMEK ROSEMBLAT, R. (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2018), p. 380.

<sup>25</sup> La apertura de crédito puede definirse como un contrato por el cual una entidad bancaria se obliga frente a su cliente a poner a su disposición una suma de dinero determinada, por un periodo de tiempo que puede ser o no determinado, para que el cliente pueda utilizarla según su conveniencia, debiendo devolverlo, de forma conjunta al pago de una comisión más los intereses devengados por la utilización del dinero. RODRÍGUEZ OLIVERA, N., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 3 (Montevideo: FCU, 2006), p. 145.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 231.

<sup>27</sup> MILLER ARTOLA, A. *Manual de Derecho Comercial*, t. II (Montevideo: FCU, 2023), p. 541.

<sup>28</sup> COHEN VENTURA, M., «Breve reseña de la descripción de la figura de tarjeta de crédito e importancia económica del negocio jurídico», *Estudios jurídicos*, n° 7 (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2009), p. 253.

cuanto, es en esencia un documento nominativo legitimante e intransferible, que permite al usuario utilizar los beneficios crediticios del sistema<sup>29</sup>.

La tarjeta de crédito es entonces un negocio complejo, que supone la celebración de diversos tipos de contratos bilaterales concatenados y conexos entre sí<sup>30</sup>, algunos de éstos categorizados como contratos de adhesión. En este sentido, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ han destacado que el contrato de tarjeta de crédito es un documento en que las partes celebran varios contratos coligados, entre ellos, un acuerdo sobre la emisión de la tarjeta y sus condiciones, un contrato de apertura de crédito de la entidad emisora en favor del tarjetahabiente, un contrato mediante el cual se abre una cuenta, eventualmente, también, la emisión de un vale en blanco suscrito por el usuario a los efectos de brindar al emisor un instrumento eficaz para el cobro de lo eventualmente adeudado por el tarjetahabiente, y finalmente, puede incluir un contrato de garantía como puede ser una fianza<sup>31</sup>. En igual sentido, MUGILLO ha destacado que la tarjeta de crédito es un negocio jurídico complejo, formado por una serie de relaciones de diverso carácter, que participan de diferentes tipos contractuales cuyo contenido obligacional converge hacia una finalidad común del instituto, que tiene la esencia de un contrato de crédito – o de uso de crédito eventual-<sup>32</sup>.

Con la aprobación de la LMPE nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado un concepto legal de tarjeta de crédito, definida en el art. 1 como el medio de pago electrónico que habilita a su titular a hacer uso de una línea de crédito otorgada, que le permite realizar compras de bienes, pagos de servicios y extracciones de efectivo hasta un límite previamente acordado. El concepto legal coincide con la definición que en la doctrina ha ensayado DE MARCHI, quien concibe a la tarjeta de crédito como un documento que legitima a su portador (previa inserción de su firma en las facturas o módulos contables) a

---

<sup>29</sup> SAUX, E., «Régimen Jurídico de la Tarjeta de Crédito», *ADCU*, t. XXX (Montevideo: FCU, 2001), pp. 799 y 801-802.

<sup>30</sup> COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 343.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial...*, v. 3, pp. 223-224.

<sup>32</sup> MUGILLO, op. cit., pp. 28, 47 y 75.

adquirir bienes o servicios a crédito de los comercios adheridos, de cuyo pago queda obligado, en principio, el emisor de la tarjeta<sup>33</sup>.

La tarjeta de crédito como documento o instrumento tiene la función de legitimar a su titular para abonar sus compras u obtener adelantos de dinero concebidos como verdaderos préstamos conferidos por la entidad emisora. Dicho instrumento puede ser magnético, electrónico o similar y debe tener aptitud identificatoria de su titular o usuario<sup>34</sup>.

En este sentido, puede observarse que la tarjeta de crédito supone un medio de financiación o un instrumento para diferir pagos u obtener liquidez, extremo que la distingue de las tarjetas de débito y las tarjetas recargables o monedero, en las que no existe una concesión de crédito. Constituye un medio de pago que le permite al titular de la tarjeta, realizar pagos u obtener dinero hasta el límite asignado por la entidad emisora, sin necesidad de tener fondos en una cuenta bancaria en ese momento, pues, el crédito concedido se reembolsará, ya sea, con el pago del total dispuesto para cada mes, con el pago fraccionado durante un periodo de tiempo, o el pago de un porcentaje mínimo mensual o cuota fija mínima mensual<sup>35</sup>.

La función económica que cumple el instituto de la tarjeta de crédito como sistema operativo económico, es la de satisfacer determinadas necesidades de desarrollo productivo, del crédito y del estímulo del consumo. Podría decirse que cumple con una finalidad multifacética: de desarrollo comercial, crediticio, de garantía, así como de sustituir el dinero como instrumento de pago<sup>36</sup>.

En cuanto a la función de desarrollo comercial, la tarjeta de crédito le permite al comerciante una ampliación del espectro de consumidores a los cuales puede llegar con la venta de sus bienes, facilitando la satisfacción de la

---

<sup>33</sup> DE MARCHI, G., «Carte di credito e carte assegni», *Titoli de Crédito*, p. 412, apud BONFANTI, M. *Contratos Bancarios* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993), p. 212.

<sup>34</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, R., «Tarjetas de crédito: comentario del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados», *Hacia un nuevo Derecho Comercial. Sociedades – Contratos – Concursos* (Montevideo: FCU, 2012), p. 367.

<sup>35</sup> DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M.T., *Manual de Derecho de Consumo* (Madrid: Reus, 2016), pp. 198 – 199.

<sup>36</sup> MUGILLO, op. cit., pp. 13-15.

necesidad de consumo en bienes en el momento, evitando el retardo de su adquisición por carencia de efectivo, y, por tanto, permitiendo al comerciante no solo aumentar su clientela, sino también, aumentar el volumen de sus ventas<sup>37</sup>. Asimismo, fomenta el desarrollo por cuanto le permite al comerciante prescindir de los costos que le implica la tenencia de un departamento de créditos, dedicado al estudio y concesión de la financiación necesaria para sus clientes<sup>38</sup>.

Por otro lado, cumple una función de crédito por cuanto habilita al usuario de forma directa o indirecta un crédito limitado o ilimitado, para ser utilizado en la adquisición de bienes o servicios en los establecimientos adheridos al sistema, siendo un instrumento de crédito automático, que será cancelado con el pago efectivo en forma periódica total o con cuotas mensuales. De esta forma, se amplía la potencialidad adquisitiva del usuario, induciéndolo de forma indirecta al consumo de bienes que de tener que ser abonados en efectivo, no serían adquiridos<sup>39</sup>. Esta función de crédito que cumple la tarjeta de crédito le permite a su titular cumplir con su principal obligación emergente de un contrato de compra de bienes o servicios, obteniendo la financiación de dicho pago<sup>40</sup>. El tarjetahabiente disfruta de un crédito abierto en su beneficio para adquirir bienes o servicios en todos los comercios adheridos por un precio equivalente al pago a la vista, pero difiere su pago a un momento posterior, mediante la firma de un *voucher* con el cual hace uso de su crédito. La entidad emisora se hará cargo del pago al comercio adherido de estos *vouchers* suscritos por el tarjetahabiente, ejecutando el contrato de apertura de crédito que integra el contrato de tarjeta de crédito. El ciclo de crédito se cierra cuando el tarjetahabiente paga el saldo de la cuenta formulado por la entidad emisora ya sea mediante el pago al contado o en forma fraccionada<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> BONFANTI, op. cit., pp. 212-213.

<sup>38</sup> COHEN VENTURA, «Nueva regulación de...», p. 253; COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 342; SAUX, op. cit., p. 798.

<sup>39</sup> COHEN VENTURA, «Nueva regulación de...», p. 253; COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 342; SAUX, op. cit., p. 798.

<sup>40</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 34.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial...*, v. 3, pp. 234-235.

Para otra parte de la doctrina, el sistema de tarjeta de crédito cumple una función de pago, esto es, cumple la función económica de facilitar el consumo, promoviendo la adquisición de bienes y servicios por parte del consumidor proporcionándole un sistema de pago que no requiere la utilización de dinero en efectivo<sup>42</sup>. La función de instrumento de pago implica para el usuario de la tarjeta, que con su utilización el usuario cumple con su obligación de pago frente al comerciante, evitándole el uso en efectivo, por cuando sustituye la efectivización del pago en la empresa emisora de la tarjeta<sup>43</sup>.

De esta forma, la facilitación del consumo se cumple, ya no mediante la concesión de un crédito, sino con un mecanismo de pago, en virtud del cual el adherente extingue dicha obligación de pago del precio de las compraventas o arrendamientos celebrados con su sola firma en las facturas o *vouchers* correspondientes, sin necesidad de utilizar efectivo. Contra él, el comercio carecerá en principio de acción para reclamar el pago de dichas ventas, las que deberán ser abonadas por la entidad emisora de la tarjeta de crédito, siendo posteriormente reembolsado por el consumidor, de acuerdo con la liquidación enviada en el resumen mensual de lo adeudado. En síntesis, con la utilización de la tarjeta de crédito se facilita el comercio, evitando el trasiego de efectivo que implicaría, reemplazándolo por la sola firma del adherente, la que oficia como pago para el comerciante.<sup>44</sup>

Finalmente, cumple, asimismo, una función de garantía para el comerciante, por cuanto, éste no solo se libera del estudio de la solvencia de sus clientes, sino también del riesgo de la falta de pago de éstos<sup>45</sup>, puesto que la empresa emisora de la tarjeta de crédito garantiza el pago de la venta realizada al comercio de forma independiente al eventual reembolso que el usuario de la tarjeta realice en forma posterior a la entidad emisora.

---

<sup>42</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica en el contrato de tarjeta de crédito: La necesidad de una urgente legislación», *Tribuna del Abogado*, n° 143, junio/julio 2005, (Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2005), p. 21.

<sup>43</sup> MUGUILLO, op. cit., pp. 12-15.

<sup>44</sup> HOLZ BRANDUS, E. «Una vez más: la tarjeta de crédito», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3 (Montevideo: FCU, 1986), p. 333.

<sup>45</sup> COHEN VENTURA, «Nueva regulación de...», p. 253. COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 342.

## B. Componentes del sistema negocial de la tarjeta de crédito

Como hemos adelantado, la emisión de la tarjeta de crédito implica la celebración de contratos conexos que conforman un entramado de relaciones jurídicas que dan lugar a una operación negocial, orientada a la finalidad única de posibilitar que el usuario pueda adquirir bienes o servicios mediante el otorgamiento de un crédito u obtener adelantos de dinero en efectivo<sup>46</sup>.

Estas múltiples relaciones jurídicas que se generan entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso, transcurren desde la emisión de la tarjeta hasta su efectivo uso como medio de pago o como instrumento para la extracción de dinero efectivo<sup>47</sup>. Los diversos sujetos que intervienen en la operativa de la tarjeta de crédito son, básicamente, el emisor, el usuario y el comercio adherido. Entre ellos se traba una relación trilateral orientada a posibilitar que el usuario pueda adquirir bienes o servicios en los comercios adheridos al sistema, sin realizar un desembolso económico al momento de la adquisición, mediante la presentación de la tarjeta de crédito que pertenece al emisor<sup>48</sup>.

Si bien en este trabajo nos referiremos a todas estas relaciones jurídicas a los efectos de comprender el funcionamiento del sistema negocial de la tarjeta de crédito, debemos recordar que -tal como se ha adelantado en el apartado de selección y delimitación del tema- nuestra investigación se centra únicamente en el análisis de una de las relaciones trilaterales que integran el sistema: la relación entablada entre el emisor de la tarjeta de crédito y el usuario de la misma mediante el contrato de emisión de tarjeta de crédito. Dejaremos fuera del alcance de este trabajo, el estudio del contrato que une al emisor de la tarjeta de crédito y los establecimientos comerciales adheridos al sistema.

Este entramado de contratos conexos que conforman el sistema negocial de la tarjeta de crédito se encuentra integrado por: a- el contrato de

---

<sup>46</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjetas de crédito: comentario del proyecto...», p. 367. ORDOQUI CASTILLA, G., *Derecho de los contratos comerciales modernos*, t. II (Montevideo: La Ley Uruguay, 2022), p. 719.

<sup>47</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 542.

<sup>48</sup> COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 343.

sociedad creando una entidad que posibilita la emisión de una tarjeta determinada por varias entidades emisoras a la vez, conocido como sello de la tarjeta (Visa, Master, American Express); *b-* los contratos celebrados entre la entidad financiera emisora y cada proveedor o comercio que se adhiere al sistema, permitiendo la adquisición de los bienes o servicios que comercializa mediante la utilización de la tarjeta de crédito; *c-* los contratos de emisión de tarjeta de crédito celebrados por la entidad emisora con cada uno de los usuarios de la tarjeta, denominados tarjetahabientes y *d-* los contratos de compraventa o de arrendamiento de servicios o de obra, celebrados entre el usuario de la tarjeta de crédito y los comerciantes adheridos al sistema, haciendo uso de la tarjeta de crédito<sup>49</sup>.

Estos contratos que integran el sistema negocial de la tarjeta de crédito, si bien son contratos independientes, se encuentran vinculados funcionalmente y pueden caracterizarse como contratos marco o normativos. Esto es, contratos que regulan las futuras relaciones que podrán celebrarse o no entre los integrantes del sistema, proveedor o comercio adherido, usuario o tarjetahabiente, entidad emisora de la tarjeta y administrador global de la misma<sup>50</sup>. Si bien son contratos diferentes, están coligados profundamente entre sí, de forma que la existencia de unos depende y se explica en función de la existencia de otros. En definitiva, la entidad financiera emite una tarjeta de crédito, en virtud de que existe un conjunto de comercios adheridos al sistema que aceptan que los bienes o servicios que comercializan sean adquiridos mediante la utilización de dicha tarjeta por sus clientes. Entonces, sin dudas observamos un entrecruzamiento de las obligaciones asumidas por los sujetos que integran el sistema<sup>51</sup>.

En este sentido, HOLZ BRANDUS y MARIÑO LÓPEZ han destacado que las diversas figuras contractuales, si bien son entendidas como contratos de naturaleza autónoma, se encuentran vinculadas entre sí por una finalidad última común de dar funcionamiento a todo el sistema de tarjeta de crédito. Si bien mantienen su autonomía, cada uno de estos contratos que forman el

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, N., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial...*, v. 3, p. 221.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 221.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 222.

sistema de negocios jurídicos de la tarjeta de crédito son celebrados con una finalidad diferente a la de cada uno de ellos, que consiste en una actividad económica que se desea realizar<sup>52</sup>. El nexo entre estos contratos autónomos es la institución emisora que organiza el sistema y coordina toda esta contratación, en beneficio de todas las partes intervinientes<sup>53</sup>. En tanto es parte en los contratos de emisión y aceptación de la tarjeta de crédito y asume la iniciativa en la construcción del sistema y desarrollo de la actividad económica que genera<sup>54</sup>.

Mediante el primer contrato del sistema negocial de la tarjeta de crédito se posibilita que, a la misma vez, diversas entidades financieras del mundo emitan una tarjeta de crédito determinada con un mismo sello (Visa, Master, American Express) pudiendo ser utilizado por sus tarjetahabientes en el territorio nacional o en todo el mundo (según si el emisor otorga una tarjeta nacional, regional o internacional) bajo determinadas reglas comunes incluidas en un contrato marco que muchas veces, ya viene predispuesto de forma unilateral por la emisora global -los grandes sellos mundiales de las tarjetas crédito- a la entidad emisora local. Este contrato celebrado entre el emisor global y el emisor local normalmente adquiere la forma de contrato de agencia con representación, mediante el cual la emisora local (entidad financiera o bancaria que emite la tarjeta) adquiere la franquicia para el uso de la marca y el sistema operativo de la emisora global, utilizando el mismo sello internacional de la tarjeta (Master Card, Visa, American Express)<sup>55</sup>, a cambio del pago a la emisora global de un precio por cada operación hecha con la tarjeta de crédito<sup>56</sup>.

En nuestro país, las entidades emisoras de la tarjeta de crédito son instituciones de intermediación financiera, administradoras de crédito o empresas de servicios financieros reguladas por el BCU. Dichas entidades

---

<sup>52</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 35.

<sup>53</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», op. cit., p. 332.

<sup>54</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 34.

<sup>55</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, op. cit., p. 729.

<sup>56</sup> ESPER, M. «Algunas reflexiones sobre la ley 25.065 de tarjetas de crédito», JA 2000-I-800. Apud SAUX, op. cit., pp. 798-799; MARIÑO LÓPEZ, «Proyecto de ley de tarjetas de crédito: aspectos a mejorar y errores a corregir», *Revista de legislación uruguaya*, v. 3, n° 8 (Buenos Aires: La Ley, 2012), pp. 162-163.

emisoras celebran múltiples contratos con cada proveedor o comercio que se adhiere al sistema, comprometiéndose a aceptar dicha tarjeta como medio de pago para la venta de los bienes o servicios que comercializa. Con la celebración de este contrato, ambas partes obtienen beneficios. Por su parte, el comercio amplía su mercado de clientes, en virtud de que brinda a sus consumidores mayores facilidades de pago y se asegura el pago de las ventas que realice a crédito mediante la utilización de la tarjeta, obteniendo de esta forma un desplazamiento del riesgo por la concesión de créditos, y, por otra parte, la entidad financiera se beneficia con el cobro de la comisión que los comercios adheridos deben pagarle en virtud del contrato entre ellos celebrados<sup>57</sup>.

De este contrato de afiliación celebrado entre la entidad emisora y los comercios adheridos, surge el siguiente contenido obligacional. Por un lado, el comerciante se obliga a comercializar sus bienes o servicios a los tarjetahabientes que exhiban su tarjeta, bajo la previa autorización de pago por el emisor<sup>58</sup>. Una vez obtenida, el tarjetahabiente suscribirá un *voucher* o cupón, que consiste en un documento privado impreso en tres vías por la entidad emisora, o en su caso por la terminal electrónica que transmite la autorización (POS) una de las cuales deberá ser entregada al tarjetahabiente como resguardo de su compra. Normalmente el *voucher* tiene la forma y menciones exigidas para los vales en la Ley nº 14.701/1997, de 21 de setiembre, de Títulos Valores (en adelante LTV)<sup>59</sup>, conteniendo, el importe de la compra, la fecha de emisión, el domicilio del tarjetahabiente y su firma. Habitualmente, contiene también la marca que identifica la tarjeta de crédito, el número de la tarjeta de crédito utilizada, el nombre del comercio donde fue utilizada, el plan

---

<sup>57</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., pp. 542-543; RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 222, 258.

<sup>58</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 544.

<sup>59</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjetas de crédito: comentario del proyecto...», p. 382. En base a dicho elemento se ha sostenido que el *voucher* tiene la naturaleza jurídica de un vale al portador, cuando cumpla con las enunciaciones esenciales previstas en el Decreto-Ley nº 14.500. No obstante, las menciones a la relación causal afectarían el carácter de título valor (MILLER ARTOLA, op. cit., p. 549 y RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 263-264). Para otro sector de la doctrina el *voucher* tendría la naturaleza jurídica de factura con vocación de título ejecutivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 353 del CGP Y 377 de la RNRCSF, no obstante, se le critica a esta postura que no tiene las menciones del nombre del comerciante y detalle de las mercaderías vendidas, faltando el contenido mínimo necesario para ser considerado una factura (MILLER ARTOLA, op. cit., p. 549).

de pagos elegido por el usuario, el código de autorización, una cláusula referente a la mora o intereses punitivos y la palabra “vale” o “conforme”, conteniendo la promesa incondicional de pagar la suma de dinero<sup>60</sup>. Asimismo, el comerciante asume la obligación de verificar la identidad y firma del cliente con la diligencia de un buen hombre de negocios -en el caso de las compras presenciales- siendo responsable únicamente en los casos en que la firma resulte notoriamente falsificada<sup>61</sup>. Dicha diligencia solicitada al comerciante consiste en el cotejo de la firma inserta en el cupón o título con la verificación de la identidad del usuario, a los efectos de contrastar la coincidencia de sus datos con las constancias que lucen en el plástico de la tarjeta y la coincidencia de la firma, de forma tal que ésta no resulte a simple vista falsificada. Esto es, el comerciante sólo responde por la falsificación si ésta es constatable a simple vista el momento de verificar la identidad del usuario, no exigiéndose al comerciante una diligencia digna de un perito caligráfico, sino que su responsabilidad solo tendrá lugar si la falsificación es ostensible<sup>62</sup>. Asimismo, el comercio adherido se obliga a informar a la entidad emisora respecto de cualquier hecho ilícito o irregular que pueda poner en riesgo el funcionamiento del sistema de pago de la tarjeta, de forma inmediata a su conocimiento o detección<sup>63</sup>.

Por otra parte, el emisor se obliga a abonarle al comerciante el monto de los *vouchers* de compra presentados - siempre que el comercio haya cumplido con el previo control de identificación, pedido de autorización del crédito al emisor y correcto completamiento de estos - descontando un porcentaje en concepto de comisión por la compra, denominado arancel o “tasa de descuento”<sup>64</sup>. Estos pagos se harán en forma mensual, o de la forma en la que se estipule en el contrato que suscriban<sup>65</sup> y se ha entendido que se efectúan

---

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 261.

<sup>61</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 544.

<sup>62</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica...», p. 23.

<sup>63</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 544.

<sup>64</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 550.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 259.

por delegación de pago del comprador usuario de la tarjeta<sup>66</sup>. Asimismo, se obliga a proporcionar la información relevante sobre el funcionamiento del sistema de forma segura y confiable, los materiales e instrumentos de identificación necesarios, la información respecto a la cancelación de los medios de pago por sustracción, extravío, fuga de información electrónica, clonación o resolución del emisor y la formación técnica específica cuando se requiera<sup>67</sup>.

El comercio adherido solicitará la aprobación del pago con tarjeta de crédito del usuario a la entidad emisora a través de la terminal *POS* (o *Point of Sale*) y otros sistemas de captura electrónica, la cual podrá ser aprobada o rechazada en caso de que, por ejemplo, haya un aviso de hurto o extravío respecto de la tarjeta o por haberse excedido del límite de crédito de la tarjeta. Si el emisor aprueba el pago, se hará responsable frente al comercio del eventual incumplimiento del usuario de la tarjeta en el pago, así como en los casos de clonación de la tarjeta, siempre que el comercio haya cumplido con los requisitos de seguridad establecidos por el adquirente – salvo que se pruebe la responsabilidad del usuario-, conforme lo dispone el art. 8 de la LMPE<sup>68</sup>.

Por otro lado, la entidad financiera emisora local celebra con su cliente el contrato denominado «*contrato de tarjeta de crédito*» o «*contrato de emisión de tarjeta de crédito*» por el cual hace entrega de la tarjeta de crédito. Pudiendo también preverse la emisión de tarjetas adicionales, agregándose un nuevo sujeto a la relación comercial que no necesariamente es quien establece el vínculo contractual inicial con el emisor<sup>69</sup>. En este contrato, la obligación básica que contrae el emisor respecto al solicitante de la tarjeta es el otorgamiento o apertura de un crédito de uso eventual limitado o ilimitado a favor del usuario, comprometiéndose a asumir el pago de todas las operaciones que dicho usuario realizare con los proveedores adheridos al sistema<sup>70</sup>. Esto es, la

---

<sup>66</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjeta de crédito», p. 382.

<sup>67</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 543.

<sup>68</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 550.

<sup>69</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica...», p. 22.

<sup>70</sup> MUGUILLO, op. cit., p. 33 y 47.

emisora se obliga a realizar una apertura de crédito proporcionando la disponibilidad del dinero necesario para el pago de los vales librados por el usuario de la tarjeta en la contratación de bienes o servicios en los comercios adheridos, sin que el usuario necesite abonar en efectivo<sup>71</sup>. Visto del lado del tarjetahabiente, la obligación principal que contrae el usuario es la de pagar a la entidad emisora el precio por el mantenimiento del sistema (canon anual o periódico) y reembolsar los pagos que el emisor ha realizado a los proveedores por los consumos efectuados por el usuario<sup>72</sup>.

La celebración del contrato de tarjeta de crédito entre el emisor y el titular de ésta genera una relación jurídica de doble contenido, consistente, por un lado, en las condiciones y funcionamiento de la tarjeta de crédito como instrumento de pago y por otro, en el otorgamiento y condiciones de una línea de crédito asociada a la tarjeta con un límite de crédito determinado, que ha sido calificada por la doctrina como rotatoria<sup>73</sup>, en tanto admite que el titular realice reembolsos durante la vigencia del contrato, pudiendo de nuevo hacer uso de todo o parte de la suma puesta a su disposición<sup>74</sup>.

Asimismo, el emisor de la tarjeta de crédito como administrador del sistema asume la obligación de supervisar y controlar el funcionamiento del sistema de uso de la tarjeta de crédito, debiendo prever las contingencias que se susciten en dicho funcionamiento adoptando las prevenciones que correspondan, actuando con la diligencia típica de la de un buen hombre de negocios, pues, es el prestador de un servicio profesional<sup>75</sup>.

En el marco de este contrato, el tarjetahabiente se beneficia con el crédito que la entidad financiera acuerda para la adquisición de bienes o servicios en los comercios adheridos desplazando la necesidad de utilizar dinero efectivo en sus compras y la entidad financiera se beneficia, por otra parte, con el precio obtenido de la colocación de tarjetas, con el cobro de intereses moratorios si el tarjetahabiente no cancela la totalidad del crédito en

---

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 237.

<sup>72</sup> WAYAR, E., *Tarjeta de Crédito y defensa del usuario* (Buenos Aires: Astrea, 2000), p. 92.

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 235.

<sup>74</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 544.

<sup>75</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 716.

la fecha fijada<sup>76</sup> y otros cargos y comisiones, por ejemplo por la utilización de la tarjeta para compras en el exterior del país, o el cobro al usuario de un canon anual o periódico por el uso de la tarjeta<sup>77</sup>.

Finalmente, el tarjetahabiente celebra múltiples contratos de compraventa y de arrendamiento de servicios o de obra con los comerciantes adheridos al sistema, mediante los cuales adquiere los bienes o servicios que necesita, utilizando la tarjeta de crédito como instrumento de pago. El usuario debe presentar su tarjeta que lo identifica como cliente al cual el comerciante está obligado a proveer sus bienes o servicios mediante su utilización, debiendo acreditar que su nombre coincide con el que aparece en la tarjeta. El comerciante deberá verificar la identidad del cliente y requerir la autorización del emisor, ya sea en forma telefónica o mediante terminal electrónica (*POS*) concediendo la financiación solicitada por el usuario, contra la firma del *voucher* o cupón<sup>78</sup>. Asimismo, deberá controlar la regularidad de la tarjeta de crédito y verificar la similitud de la firma que el tarjetahabiente realice en el cupón o *voucher*, con la que surge de su documento de identidad<sup>79</sup>.

Una vez delineado el entramado de contratos conexos que conforman el sistema negocial y operativo de la tarjeta de crédito, como objetivo del presente trabajo pasaremos a centrarnos únicamente en el contrato que se celebra entre el solicitante de la tarjeta y el emisor de ésta, denominado normalmente contrato para el uso o utilización de la tarjeta de crédito.

### **C. Contrato de tarjeta de crédito**

No existe acuerdo en la doctrina respecto al complejo contenido del contrato de tarjeta de crédito. Por un lado, una parte de la doctrina sostiene que el contrato de tarjeta de crédito es un documento en el que las partes convienen varios contratos coligados, entre los que se incluye, el acuerdo sobre la emisión de la tarjeta con sus condiciones; un contrato de apertura de

---

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p., 222.

<sup>77</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjeta de crédito», p. 383. MUGILLO, op. cit., pp. 40-41.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 260 – 261.

<sup>79</sup> MARIÑO LÓPEZ, «Proyecto de ley de tarjetas...», p. 166.

crédito del emisor en favor del usuario; un contrato de apertura de cuenta y, eventualmente, un vale en blanco en favor del emisor, con la finalidad de brindar un instrumento ágil de cobro a la entidad emisora en caso de saldos impagos por el tarjetahabiente, que puede estar acompañado de un contrato de garantía, como podría ser una fianza solidaria<sup>80</sup>.

Este negocio complejo está formado para MUGILLO<sup>81</sup> por un contrato mediante el cual la entidad emisora de la tarjeta de crédito acuerda con el usuario la emisión en su favor de una tarjeta de crédito con la adhesión del usuario a un sistema de condiciones, confiriendo a éste la posibilidad de adquirir bienes o servicios mediante la presentación de la tarjeta y la firma de un cupón que funciona para el comerciante como una forma solemne, que le permite el posterior cobro de la venta a la entidad emisora de la tarjeta. Posteriormente el usuario deberá abonar dentro de un lapso determinado, la liquidación enviada por la entidad. Destaca, entonces, como elementos que integran el contrato: *a-* a las partes, destacando la triplicidad de relaciones entre la entidad emisora, usuario – titular de la tarjeta y proveedor adherido; *b-* el objeto del contrato, de producir una apertura de crédito de uso eventual, limitado o ilimitado, un diferimiento en el pago a favor del usuario, una garantía de pago y una posibilidad de ampliación de clientela para el proveedor; *c-* el precio, formado por el canon periódico o intereses que abona el usuario por la disponibilidad del crédito concedido y la comisión que el comercio adherido abona sobre las ventas realizadas con la tarjeta<sup>82</sup>; *d-* la tarjeta de crédito en sí misma como elemento identificadorio y habilitante de la operación para el usuario; y *e-* la forma, instrumentada mediante contratos de adhesión y firma de cupones (*voucher*) que conforman la solemnidad del sistema.

Parte otra parte de la doctrina el contrato de tarjeta de crédito es un único contrato con un contenido obligacional complejo, en el cual la entidad emisora asume la obligación de entregar a su cliente una tarjeta que lo habilitará a realizar compras en los comercios adheridos al sistema, así como las obligaciones de conceder un crédito al tarjetahabiente para que lo utilice

---

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 223–224.

<sup>81</sup> MUGILLO, op. cit., pp. 28-31.

<sup>82</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 720.

mediante sus compras o retiro de adelantos en efectivo, debiendo llevar una cuenta en la que se asentarán los pagos que el usuario vaya realizando enviando a éste un estado de cuenta. Por otro lado, el usuario adopta las obligaciones de reintegrar al emisor los pagos que haya efectuado a los comercios adheridos por sus compras en las fechas y condiciones que se hayan estipulado, así como la obligación de abonar los gastos por entrega de la tarjeta y otros cargos que se hubieren pactado, tales como gastos por mantenimiento anual de la tarjeta, o cargos por compras efectuadas en el exterior. En síntesis, podría concluirse que este contrato complejo contiene una apertura de crédito, un contrato de cuenta corriente y una obligación del emisor de entrega de la tarjeta<sup>83</sup>. Primando en su contenido la función financiera o de crédito como característica esencial del contrato de tarjeta de crédito<sup>84</sup>.

El contrato contiene, entonces, una apertura de crédito, en virtud de la cual la entidad emisora se obliga a pagar los bienes y servicios adquiridos por el cliente en los comercios adheridos. Existiendo una suerte de pago por delegación de la entidad financiera frente al comercio por cuenta y orden del cliente, que otorga a dicha entidad el derecho de repetir contra el cliente por los importes pagados. El cliente acude a este beneficio de pago por delegación dentro del margen de crédito acordado con la entidad financiera debiendo efectuar el reembolso de lo abonado por éste con un pago contado o utilizando el plan de financiación otorgado en el contrato de emisión de la tarjeta de crédito<sup>85</sup>.

Los principales derechos y obligaciones que se derivan del contrato de emisión de tarjeta de crédito pueden resumirse en los siguientes. Para el emisor, los principales derechos: *a-* el cobro de una cuota de afiliación y cuota periódica<sup>86</sup>; *b-* el reembolso de los importes pagados por el tarjetahabiente a los comercios adheridos<sup>87</sup>; *c-* la reclamación de los intereses moratorios y punitivos en caso de la existencia de mora en el reembolso; *d-* el reembolso

---

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 224.

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 257 – 258.

<sup>85</sup> OLIVERA GARCÍA, R., *Cuestiones de derecho bancario* (Montevideo: FCU 2015), p. 140.

<sup>86</sup> PÉREZ FONTANA, op. cit. p. 41.

<sup>87</sup> PÉREZ FONTANA, id. ibid.

de las notas de cargo en los casos de extravío, robo o hurto de la tarjeta cuando el tarjetahabiente no hubiera efectuado la oposición en el plazo debido; e- la reclamación de los daños y perjuicios en los casos de uso fraudulento de la tarjeta; y f- la resolución y rescisión del contrato si estuviera pactada en aquel<sup>88</sup>. Por otro lado, las principales obligaciones derivadas del contrato de emisión de tarjeta de crédito para el emisor son las siguientes: a- la entrega material de una tarjeta que identifique la marca de la tarjeta, la entidad emisora y el nombre y firma del usuario tarjetahabiente y pueda ser utilizada como instrumento de pago ante los establecimientos adheridos al sistema <sup>89</sup>; b- la existencia de un conjunto de establecimientos adheridos que admitan la utilización de la tarjeta como medio de pago; c- mantener disponible la línea de crédito asociada a la tarjeta<sup>90</sup>; d- abonar las obligaciones dinerarias contraídas por el tarjetahabiente en dichos establecimientos<sup>91</sup>; e- permitir las extracciones en efectivo realizadas por el usuario dentro de los límites acordados previamente<sup>92</sup>; f- elaborar mes a mes la liquidación de las compras efectuadas por el tarjetahabiente<sup>93</sup>, incluyendo los débitos o cargos que surjan de dicha operativa, enviando al tarjetahabiente un estado de cuenta que cumpla con el contenido mínimo indicado por el BCU con la frecuencia acordada<sup>94</sup>; g- proveer los medios necesarios para mantener una organización del sistema de pago brindado, asegurándole al usuario el acceso a los bienes y servicios ofrecidos mediante la utilización del sistema de forma segura, adoptando medidas que permitan garantizar razonablemente la seguridad del sistema en el que opera la tarjeta<sup>95</sup>. Entre esas medidas se suelen establecer las siguientes: instalación de los medios técnicos necesarios para su funcionamiento, informar al titular de la tarjeta de las diversas operaciones efectuadas con ésta para que pueda verificar su identidad y conformidad, tener los medios de comunicación

---

<sup>88</sup> BONFANTI, op. cit., p. 217.

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 232. PÉREZ FONTANA, op. cit. p. 41.

<sup>90</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 547.

<sup>91</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 35.

<sup>92</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 547.

<sup>93</sup> PÉREZ FONTANA, op. cit. p. 41.

<sup>94</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 547.

<sup>95</sup> MILLER ARTOLA, id. ibid.

necesarios a disposición del usuario para que pueda reportar a la entidad emisora la eventual sustracción, falsificación, extravío u otras situaciones de riesgo, comprobar la regularidad de la factura o *voucher* presentada por el establecimiento adherido para el cobro y asegurar la confidencialidad de los datos personales que recabe<sup>96</sup>.

Asimismo, en la relación jurídica conformada entre la entidad emisora y el tarjetahabiente pueden destacarse las siguientes obligaciones complementarias a cargo del emisor de la tarjeta de crédito, que derivan del marco normativo aplicable a dicho instrumento de pago: *a-* informar por escrito – por medio físico o electrónico- y de forma fehaciente al usuario, las obligaciones y responsabilidades en el uso de la tarjeta, de forma previa a la celebración del contrato de tarjeta de crédito, así como entregar una cartilla con el contenido mínimo indicado por el BCU (art. 383 de la Recopilación de Nomas de Regulación y Control del Sistema Financiero, en adelante RNRCSF); *b-* informar al tarjetahabiente sobre los principales riesgos a los que se expone en la utilización de la tarjeta y emitir medidas o recomendaciones con la finalidad de mitigar dichos riesgos; *c-* poner a disposición del usuario e informar los medios adecuados para realizar la notificación de sustracción, hurto, rapiña o extravío de la tarjeta garantizando la adecuación de los medios para la notificación y acreditar que ésta ha sido realizada; *c-* informar al tarjetahabiente la comisión de cualquier hecho irregular o ilícito sobre su tarjeta de crédito, al tomar conocimiento de éste; *d-* brindar al usuario al menos un elemento sin costo que le permitan al usuario comprobar las transacciones realizadas; *e-* velar por el correcto funcionamiento del sistema y prestación continua del servicio, así como probar – en caso de reclamo del usuario- que las transacciones fueron efectuadas siguiendo los procedimientos acordados con el usuario, sin que se haya visto afectada por un fallo técnico u otra anomalía y *f-* revelar el código de identificación personal (*PIN* o *Personal Identification Number*) únicamente al tarjetahabiente<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> BONFANTI, op. cit., p. 217; HOLZ BRANDUS, «Una vez más...»,p. 334; MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*,p. 35.

<sup>97</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 549.

El cumplimiento de dichas obligaciones por parte de la entidad emisora debe desarrollarse con una diligencia superior a la media, correspondiente a la de un buen padre de familia. Puesto que, sus funciones en el sector financiero requieren de una específica competencia técnica, que hace exigible la utilización de medios idóneos y una especial precaución en el ejercicio de su actividad para prevenir los eventuales daños que pueden derivarse para los usuarios de la tarjeta. Siendo exigible la ejecución de las prestaciones como un profesional experto que en su actividad habitual desarrolla diversas operaciones financieras<sup>98</sup>.

Esto tiene particular importancia en la utilización de la tarjeta de crédito en la contratación a distancia, extremo que multiplica los riesgos de utilización indebida por un tercero no autorizado, por imposibilidad de verificación y control de identidad del titular por parte del establecimiento adherido. Para ello, algunas entidades emisoras globales se han unido creando el sistema denominado *Secure Electronic Transaction* (SET) que provee seguridad y autenticidad a las transacciones efectuadas *online* con la tarjeta de crédito, utilizando algoritmos de claves públicas (asimétricas) y claves simétricas, que basados en certificados digitales, ligan a una determinada clave pública con una persona concreta y permite que las partes intervinientes en la utilización del sistema de tarjeta de crédito puedan verificar la autenticidad de la tarjeta y la identidad de su titular<sup>99</sup>.

Desde la perspectiva del tarjetahabiente, los principales derechos y obligaciones que se derivan del contrato de emisión de tarjeta de crédito pueden resumirse en los siguientes. Por un lado, el tarjetahabiente se obliga a: a- exhibir la tarjeta al comerciante para realizar las operaciones mediante la utilización del sistema<sup>100</sup>; b- firmar las facturas, *vouchers* o cupones que documentan la compra efectuada con la tarjeta<sup>101</sup>; c- reembolsar a la entidad emisora los cargos y débitos registrados en el estado de cuenta de la tarjeta, ya

---

<sup>98</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 372.

<sup>99</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, pp. 365- 366.

<sup>100</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, op. cit., p. 732. PÉREZ FONTANA, op. cit. p. 40.

<sup>101</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», op. cit., p. 334; ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, op. cit., p. 732. PÉREZ FONTANA, id *ibid*.

sea mediante el pago de las múltiples cuotas pactadas– en dicho caso el uso de la tarjeta importa la concesión de un crédito -o de un único pago – en caso de utilización de la tarjeta como medio de pago-; *d-* tomar las precauciones necesarias para la custodia de la tarjeta a los efectos de evitar el robo, extravío o su utilización fraudulenta; *e-* efectuar la denuncia policial y comunicar al emisor de la tarjeta en caso de su pérdida o robo a los efectos de deslindarse de responsabilidad por los cargos en los que se incurra con la utilización indebida de la tarjeta<sup>102</sup>; *f-* informar al emisor -inmediatamente a ser detectadas – respecto de las operaciones no efectuadas por él o por terceros autorizados, aquellas operaciones efectuadas por el usuario pero que no se procesaron correctamente, cualquier otro hecho irregular o ilícito vinculado a su tarjeta y cualquier fallo o anomalía detectada en el uso del servicio<sup>103</sup>; *g-* no autorizar el uso de la tarjeta por encima del límite de crédito autorizado; *h-* no utilizar la tarjeta de forma posterior a la fecha de su caducidad; *i-* abonar la cuota que corresponda por el periodo por el cual se emite la tarjeta de crédito, con derecho a reembolso parcial proporcional en caso de resolución o rescisión anticipada del contrato, si así se hubiera pactado; *j-* pagar los intereses compensatorios y moratorios o punitivos en caso de incursión en mora por el vencimiento de los plazos pactados,; *k-* pagar de impuestos que graven el contrato y la prima de seguro pactada; *l-* notificar al emisor de la tarjeta en caso de cambio de su domicilio o trabajo; *m-* abonar los cargos y gastos incurridos por compras en el exterior; *n-* custodiar los datos personales que estén dentro de su alcance salvaguardar, a vía de ejemplo, el código de identificación personal (*PIN*) proporcionado por la entidad emisora<sup>104</sup>; *o-* excluir cualquier tipo de transmisión de la tarjeta; *p-* devolver o proceder a la destrucción de las tarjetas de crédito luego de su cancelación o caducidad<sup>105</sup> y *q-* no responder a intentos de comunicación por medios no pactados con el emisor<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica...», p. 21; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 232; ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 732.

<sup>103</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 548.

<sup>104</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica...», p. 21.

<sup>105</sup> BONFANTI, op. cit., pp. 219 – 222; MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 36.

<sup>106</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 548.

De acuerdo al elenco de derechos y obligaciones de la entidad emisora y del tarjetahabiente detallados precedentemente, corresponde señalar que la entidad será responsable ante el usuario de la tarjeta de crédito en las siguientes hipótesis: *a-* por las operaciones efectuadas luego de la recepción de la comunicación de la sustracción o extravío de la tarjeta o su *PIN*, salvo que pruebe que éstas fueron realizadas por el usuario o terceros autorizados; *b-* por los montos que excedan el límite de crédito autorizado en los casos de sustracción o extravío de la tarjeta, con independencia del momento de la recepción de la notificación por el usuario, salvo que pruebe que éstas fueron realizadas por el usuario o terceros autorizados; *c-* por los cargos imputados al tarjetahabiente originados en el mal funcionamiento del sistema o en fallas de seguridad, no atribuibles a incumplimiento de las obligaciones del usuario y *d-* por la liberación de los fondos al comercio adherente después de recibida la comunicación de resolución de la compra efectuada a distancia -fuera del establecimiento comercial- con la tarjeta de crédito, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la LRC y art. 11 de la LMPE<sup>107</sup>.

### **1. Naturaleza jurídica del contrato celebrado entre la entidad emisora y el tarjetahabiente.**

Luego de haber estudiado las diversas concepciones doctrinarias sobre el contrato de tarjeta de crédito y el elenco de obligaciones que de él se derivan, haremos un breve repaso de las diversas posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del contrato de tarjeta de crédito.

Al respecto, PÉREZ FONTANA ha sostenido que la tarjeta de crédito -en su acepción de cosa o documento- es un título de legitimación, en tanto tiene la función de legitimar a su tenedor para ejercitar el derecho que se le confiere en el contrato de emisión de la tarjeta. El derecho que el tenedor ejerce es el de delegar en el emisor de la tarjeta, el cumplimiento de una obligación que él ha contraído, sosteniendo que tiene naturaleza jurídica de delegación novatoria, en tanto entiende se trata de una delegación de pago que produce novación.

---

<sup>107</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., pp. 548 y 550.

Como título de legitimación, tiene una función probatoria de los derechos y obligaciones conferidos en el contrato<sup>108</sup>.

Se ha sostenido, asimismo, que el contrato de emisión de tarjeta de crédito encierra un mandato, pues, la obligación principal asumida por el emisor de la tarjeta consiste en abonar las órdenes de pago emitidas por el titular de la tarjeta al momento de celebrar los contratos de cambio con los establecimientos adheridos al sistema. La suscripción del cupón de pago o *voucher* por el titular de la tarjeta constituye una orden de pago para que el emisor cumpla en favor del establecimiento adherido, cumpliendo la entidad emisora de la tarjeta con un mandato de pago por cuenta de su mandante (el titular de la tarjeta). Sus defensores identifican este contrato con el de mandato civil o comisión.

Sin embargo, se le ha criticado a esta posición que, al efectuar los pagos a los establecimientos adheridos, el emisor no lo hace por cuenta del titular, sino por cuenta e interés propio en virtud del contrato que vincula a la entidad emisora con dichos establecimientos. Asimismo, dicha entidad emisora obtiene una ganancia en el pago, por cuanto deduce un costo o comisión por la utilización del servicio y, finalmente, suele incluir una cláusula en el contrato de condiciones generales mediante la cual se reserva la facultad de no realizar los pagos ordenados a los establecimientos adheridos en el caso de que los cupones presentados no cumplan con los requisitos de validez necesarios<sup>109</sup>.

En el ámbito nacional podemos destacar que ha habido una posición jurisprudencial que ha considerado que el contrato de tarjeta de crédito puede asimilarse al contrato de cuenta corriente. En este sentido, puede citarse la STAC de 2º Turno, n° 212/1985<sup>110</sup> en la que se le ha atribuido la naturaleza de una cuenta corriente.

Esta posición no se encuentra exenta de críticas por la doctrina. En tanto, es claro que, por un lado, la cuenta abierta por la entidad emisora de la tarjeta de crédito no puede asimilarse a la cuenta corriente mercantil, en tanto,

---

<sup>108</sup> PÉREZ FONTANA, op. cit. pp. 24-25 y 59.

<sup>109</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 36.

<sup>110</sup> STAC 2º Turno, n° 212/1985, (VARELA DE MOTTA).

para ser tal debe celebrarse entre comerciantes y ambos llevar una cuenta y esto no sucede en el caso de la tarjeta de crédito, pues, el usuario puede no ser comerciante y, además, la cuenta únicamente es llevada por la emisora, no habiendo créditos recíprocos cuya exigibilidad se suspenda, sino que sólo la entidad emisora es quien concede el crédito<sup>111</sup>.

Por otro lado, tampoco podría asimilarse la cuenta abierta por la entidad emisora de la tarjeta a la cuenta corriente bancaria. En primer lugar, porque no hay una coincidencia entre las obligaciones del contrato de cuenta corriente bancaria y el contrato de tarjeta de crédito. En el primer contrato la obligación principal de la entidad financiera consiste en prestar servicio de caja o realizar adelantos en efectivo, sin embargo, en el contrato de tarjeta de crédito la obligación principal de dicha entidad es la de mantener contratos con comercios adheridos, para que el usuario pueda utilizar su tarjeta de crédito. El contenido obligacional de ambos contratos, guardan entre sí escasas similitudes<sup>112</sup>. Por otro lado, la segunda observación que se ha realizado, refiere a que si bien en el contenido obligacional del contrato de tarjeta de crédito se incluye la obligación para la entidad financiera de llevar una cuenta, obligación que resulta imprescindible junto con la obligación de suscripción de contratos con un número sustancial de comercios de la plaza nacional o internacional, pero ambas son obligaciones instrumentales, que acompañan a la obligación principal de la entidad emisora que caracteriza al contrato de tarjeta de crédito: para algunos, la apertura de crédito<sup>113</sup> y para otros, proporcionar al usuario un sistema de pago que no requiere la utilización de efectivo<sup>114</sup>.

Encontramos también jurisprudencia que ha asumido esta posición que niega que el contrato de tarjeta de crédito tenga la naturaleza jurídica de la

---

<sup>111</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 245.

<sup>112</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, M., «El comprobante que firma el usuario de una tarjeta de crédito ¿es un título valor y por consiguiente título ejecutivo», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 2 (Montevideo: FCU, 1986), p. 125. HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», pp. 334-336. MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 49.

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 255.

<sup>114</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», p. 336.

cuenta corriente. En este sentido puede verse la sentencia del TAC 5° de 22/12/1987<sup>115</sup>.

Otro sector de la doctrina considera que la tarjeta de crédito tiene la naturaleza jurídica de apertura de crédito, la cual calificaría como apertura de crédito “rotatoria”, o también llamada cuenta corriente, en la que se confiere al titular el derecho a realizar reembolsos durante la vigencia del contrato, reponiendo las sumas disponibles a su favor, pudiendo, nuevamente, utilizar dichas sumas a su disposición<sup>116</sup>. En esta postura, RODRÍGUEZ AZUERO<sup>117</sup> sostiene que la tarjeta de crédito supone la celebración de un contrato de apertura de crédito, mediante el cual la entidad emisora se obliga a conceder al cliente un crédito en forma rotatoria-que puede ser limitado o ilimitado- para la adquisición de bienes y servicios en los comercios adheridos al sistema. En virtud de este contrato, el titular difiere el pago del importe gastado en dichos comercios y la emisora se hace cargo de abonar las compras efectuadas por el usuario en los comercios adheridos, para posteriormente cerrarse el ciclo de crédito con el pago que el tarjetahabiente debe realizar a la entidad emisora, ya sea a la vista, al contado, o de forma fraccionada, mediante el financiamiento de la propia emisora. Asimismo, el crédito conferido por la emisora puede ser utilizado por el usuario mediante los adelantos de dinero en efectivo que el titular solicite mediante el retiro de efectivo en dependencias bancarias o en la red de cajeros automáticos habilitados con la utilización de un número de identificación personal (*PIN*).

La remuneración como elemento típico del contrato de apertura de crédito es en la tarjeta de crédito de tipo mixto, pactándose, por un lado, una comisión con doble procedencia y por otro, intereses. Respecto a la remuneración por doble comisión, una de ellas se pacta en el contrato celebrado entre la entidad financiera y los establecimientos afiliados como un descuento porcentual sobre el precio total de las facturas presentadas por el

---

<sup>115</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 777.

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 234 – 237.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, op. cit., pp. 381-382. Acompañado por: DE ARRILLAGA, J.I., «La tarjeta de crédito», *Revista de Derecho Privado*, (Madrid: 1981), p. 788; GÓMEZ DE MENDOZA, M., «Tarjeta bancaria», *Contratos bancarios* (Madrid: Civitas, 1992), p. 381.; GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La tarjeta de crédito», *Derecho Mercantil*, t. II, 4ª ed.(Barcelona: Ariel,1995), pp. 189-190.

establecimiento ante el banco, la cual deberá abonar dicho comercio como remuneración por el servicio de pago que la entidad bancaria le brinda, y la otra se pacta en el contrato con el usuario de la tarjeta de crédito, como cuota de afiliación o sostenimiento, que podría concebirse como una comisión que se cobra al usuario por la disponibilidad del crédito eventual al usuario por cierto tiempo la cual debe abonarse de forma independiente a su utilización efectiva. Como segunda fuente de remuneración, se pactan los intereses por el crédito otorgado al usuario, los cuales se devengan si el usuario no realiza un pronto pago, es decir, no realiza un reembolso dentro de un corto plazo después de recibir su estado de cuenta, debiendo abonar los intereses que correspondan a la facilidad crediticia ofrecida por la tarjeta o los intereses por mora por no pago en el plazo pactado<sup>118</sup>.

En este sentido, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ han sostenido que el contrato de tarjeta de crédito es una relación jurídica compleja, integrada por varios contratos, siendo el principal el contrato de apertura de crédito mediante el cual se otorga un crédito al tarjetahabiente para que este pueda destinarlo al pago de las obligaciones asumidas con los comercios adheridos. Las obligaciones más relevantes del contrato de tarjeta de crédito consisten en la obligación de abrir una línea de crédito al tarjetahabiente y la del usuario de reembolsar al emisor los importes del crédito que haya utilizado, sin perjuicio de otras obligaciones, como la de la emisora de entregar una tarjeta y del usuario de pagar un precio por la misma. Por tanto, es la función financiera o de crédito la que caracteriza o forma la esencia del contrato de tarjeta de crédito<sup>119</sup>. Esta postura ha sido acompañada por la jurisprudencia, en la sentencia nº 147/2007 del TAC de 4º Turno en la que se lo consideró asimilable al contrato de apertura de crédito<sup>120</sup>.

La naturaleza jurídica de contrato de crédito se justifica para los partícipes de esta doctrina en que, en definitiva, el emisor es quien abona - en sustitución del usuario- las facturas o cupones firmados por éste, las que posteriormente serán reembolsadas dentro de un plazo generalmente breve en

---

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, op. cit., p. 383.

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 237, 256 y 258.

<sup>120</sup> STAC 4º Turno, nº 147/2007, 25 de junio (LARRIEUX RODRÍGUEZ, J.).

la que hizo uso del crédito. Esto implica necesariamente la concesión de un crédito al usuario de la tarjeta para el reembolso de las sumas adeudadas, el cual existe aun cuando no se haga uso de éste<sup>121</sup>. Dicho crédito se otorga con la finalidad de promover y facilitar el consumo, desplazando la necesaria utilización de efectivo o de previa provisión de fondos<sup>122</sup>.

En el mismo sentido, PÉREZ FONTANA entiende que la tarjeta de crédito en su acepción como contrato de tarjeta de crédito que el usuario celebra con el emisor para su utilización tiene la naturaleza jurídica de apertura de crédito, en tanto, el banquero confiere un crédito especial mediante cuya utilización el usuario dispone de los fondos necesarios para reembolsar lo que el emisor pagó por él a los proveedores adheridos, más las comisiones, intereses, impuestos y demás cargos. Concluye entonces que estamos ante una apertura de crédito, que por su especial destino se diferencia de la apertura de crédito común<sup>123</sup>.

En la doctrina argentina, WAYAR también ha entendido, junto con la opinión mayoritaria, que el contrato de emisión de tarjeta de crédito es una especie particularizada del género contrato de crédito, fundamentalmente, por tres razones. La primera, porque el emisor es quien otorga un crédito al usuario de la tarjeta, ya sea mediante la obligación de pagar los consumos que aquel realice con la tarjeta de crédito, o mediante la puesta a disposición de dinero en efectivo a ser retirado por el usuario en los bancos o cajeros autorizados. La segunda, porque el tarjetahabiente se obliga a pagar por tales servicios un precio en dinero y a reembolsar los consumos, y la tercera razón, porque el crédito se renueva periódicamente si el tarjetahabiente cumple su obligación de pago período a período<sup>124</sup>.

En una postura cercana se ha pronunciado OLIVERA GARCÍA, sosteniendo que el contrato de tarjeta de crédito supone una apertura de crédito en virtud de la cual la entidad emisora se obliga a pagar los bienes y servicios adquiridos por el cliente en los comercios adheridos, existiendo una suerte de pago por

---

<sup>121</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 45.

<sup>122</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», p. 333.

<sup>123</sup> PÉREZ FONTANA, op. cit. p. 66.

<sup>124</sup> WAYAR, op. cit., p. 103.

delegación de la entidad financiera por cuenta y orden del cliente determinando la cancelación por novación de la obligación del tarjetahabiente con el comercio por la compra de bienes o servicios. Esta obligación es asumida por la entidad financiera, otorgando a dicha entidad el derecho de repetir contra el tarjetahabiente por los importes abonados a los correspondientes comercios. El cliente acude a este beneficio de pago por delegación dentro del margen de crédito acordado con la entidad financiera, debiendo efectuar el reembolso de lo abonado por éste con un pago contado o utilizando el plan de financiación otorgado en el contrato de emisión de la tarjeta de crédito<sup>125</sup>.

A esta posición se le ha criticado que en el contrato de apertura de crédito la prestación principal a la que se obliga la entidad emisora es la de proporcionar un crédito, mientras que, en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, si bien la concesión del crédito forma parte del haz obligacional del contrato, no constituye la obligación principal de la entidad emisora, que no es otra que la de brindar al usuario un instrumento de pago<sup>126</sup>.

Otro sector de la doctrina nacional encabezado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, considera que el contrato de tarjeta de crédito es, en realidad, un contrato *sui generis* o innominado, por cuanto no es asimilable de forma absoluta a ninguna figura jurídica. Esta posición ha sido recogida por la jurisprudencia, en STAC de 5º Turno, n° 142/1988 del TAC 5º Turno y SJLCiv de 1º Turno, n° 126/1989. En las sentencias citadas se sostiene que, si bien el contrato de emisión de tarjeta de crédito contiene una apertura de cuenta corriente, ésta resulta ser accesoria y además contiene obligaciones para las partes que no son asimilables a las típicas de este contrato. En igual sentido, tiene rasgos característicos de una apertura de crédito, pero en puridad, no podemos asimilarlo a ninguna de estas figuras en su totalidad<sup>127</sup>. Similar postura ha sido sostenida en la STAC de 7º Turno, n° 20/2001 en la que se destaca que el contrato de emisión de tarjeta de crédito es un contrato atípico, en tanto sus características propias son difícilmente asimilables a otras figuras jurídicas. No puede asimilarse al contrato de cuenta corriente bancaria porque

---

<sup>125</sup> OLIVERA GARCÍA, *Cuestiones de derecho...*, p. 140.

<sup>126</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 45.

<sup>127</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, «El comprobante que firma», p. 129.

las obligaciones asumidas por las partes son diferentes en ambos contratos. En la cuenta corriente bancaria la principal obligación asumida por el banco es la de brindar la posibilidad de realizar adelantos de efectivo al consumidor y en el contrato de tarjeta de crédito la principal obligación es la de mantener un sistema que le permite al consumidor celebrar negocios con los establecimientos adheridos. Si bien el tarjetahabiente puede realizar retiros en efectivo y el banco puede instrumentar la relación contablemente mediante una cuenta corriente, ninguno de estos elementos tipifica el contrato de tarjeta de crédito ni son esenciales para definirlo. Las obligaciones principales del banco en el contrato de la tarjeta de crédito son prever el mecanismo para mantener la organización del sistema, de modo de permitir al titular de la tarjeta acceder a los bienes y servicios de los comercios adheridos utilizando la tarjeta como forma de pago y enviarle al usuario las liquidaciones a los efectos del reembolso respectivo. El usuario de la tarjeta de crédito asume obligaciones que nada tienen que ver con las que se asumen en la cuenta corriente, a saber: debe exhibir la tarjeta para realizar compras en los comercios adheridos, firmar las facturas respectivas, reembolsar a la entidad emisora de la tarjeta los importes de las compras realizadas y comunicar el hurto o extravío de la tarjeta, entre otras<sup>128</sup>.

En otra postura, HOLZ BRANDUS ha sostenido que la tarjeta de crédito no encierra un contrato de crédito, sino que todo el sistema negocial de la tarjeta de crédito constituye un sistema de pago. Este sistema está integrado por diversos contratos que, si bien se encuentran vinculados por su finalidad, son contratos autónomos. No existe un entrecruzamiento de obligaciones y por ende no cumplen una función crediticia. En tanto, ni el comerciante confiere crédito a la entidad emisora, ni ésta le concede crédito al usuario hasta el efectivo reembolso de lo abonado al comerciante. Prueba de ello es que en ninguno de estos casos se pactan intereses, como debería hacerse en el caso de que se tratara de contratos de créditos (salvo los intereses por mora). El lucro de la entidad emisora radica exclusivamente en el canon anual cobrado al adherente -el cual no varía según el monto por el cual el usuario haya utilizado la tarjeta de crédito-y en la comisión cobrada al comerciante con el pago de

---

<sup>128</sup> *Anuario de Derecho Comercial*, t. 11 (Montevideo: FCU, 2006), pp. 262-264.

cada factura. Por otro lado, las obligaciones asumidas por la entidad emisora no pueden asimilarse a las obligaciones asumidas en el contrato de apertura de crédito. En dicho contrato, la entidad se obliga a proporcionar un crédito poniendo a disposición del cliente una suma de dinero dentro de los límites pactados. Sin embargo, en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, la entidad se obliga a brindar un conjunto de servicios inherentes a la organización del sistema, asegurando al adherente que pueda utilizarlo para la adquisición de bienes y servicios y a proporcionarle al usuario -en tiempo y forma-, la información de las facturas por compras que aquel deberá reembolsar<sup>129</sup>. El contrato de emisión de tarjeta de crédito no sólo no puede asimilarse al contrato de apertura de crédito para la autora, sino que tampoco integra la categoría de contratos de crédito, y, por tanto, tampoco puede asimilarse al contrato de cuenta corriente bancaria. En tanto, en este último, la entidad bancaria asume la obligación de proporcionar el servicio de caja al cliente, pero dicho servicio de caja es inexistente en el contrato de emisión de tarjeta de crédito celebrado entre el usuario y la entidad emisora de la tarjeta<sup>130</sup>.

En la doctrina extranjera, esta posición ha sido sostenida por LINARES, quien entiende que se trata de un medio de pago, por cuanto su función en el tráfico comercial es apta para sustituir al dinero con el efecto cancelatorio de obligaciones y como tal, constituye dinero plástico o electrónico, que opera efectos cancelatorios con la mera suscripción del cupón o *voucher*, a diferencia del cheque<sup>131</sup>.

Esta posición ha sido criticada, en tanto, en puridad, la tarjeta de crédito no configura un modo de extinguir obligaciones. No se paga con la tarjeta, sino que la tarjeta se utiliza como un mecanismo para dilatar el pago hacia un momento futuro. Adicionalmente, no es ocioso destacar que, en realidad, se realiza un pacto de intereses a abonar por el tarjetahabiente- los llamados intereses bonificables- y además se pactan comisiones que la entidad emisora

---

<sup>129</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», pp. 333-334.

<sup>130</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», p. 336.

<sup>131</sup> LINARES, S., «La tarjeta de crédito – Su calificación jurídica como medio de pago», L 144-1075. Apud SAUX, op. cit., pp. 799-800.

costrará al comercio, las cuales terminarían encerrando verdaderos intereses<sup>132</sup>.

Consideramos que la posición que considera que la naturaleza jurídica del contrato de emisión de tarjeta de crédito es la de apertura de crédito es la que mejor describe el contrato, siendo la naturaleza crediticia la que define la esencialidad del tipo negocial pactado en el contrato de tarjeta de crédito.

## **2. Caracteres del contrato de tarjeta de crédito**

Este contrato de emisión de tarjeta de crédito puede caracterizarse como un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, *intuitu personae* y de ejecución continuada o sucesiva.

Es bilateral porque está formado por obligaciones recíprocas e interdependientes<sup>133</sup> desde el perfeccionamiento y en toda la etapa de funcionamiento del negocio. La obligación del usuario de abonar a la entidad emisora el canon anual adicionalmente al reembolso de lo abonado por la emisora a los comercios en los que el usuario ha comprado, es correlativa a la obligación de la entidad emisora de mantener las condiciones para que el sistema permita al usuario la compra de bienes o servicios mediante la utilización de la tarjeta en los comercios adheridos bajo la firma del cupón o factura y con la obligación de la entidad emisora de efectuar y comunicar al usuario las liquidaciones de los importes por él adeudados. Por otro lado, es un contrato oneroso en los términos definidos en el art. 1249 del Código Civil (en adelante CC). Es conmutativo, por cuanto desde su perfeccionamiento las partes conocen la utilidad que el contrato les proporciona, en relación con el sacrificio que ambas partes asumen, existiendo equivalencia entre las respectivas prestaciones<sup>134</sup>. Es consensual, por cuanto no se requiere ninguna solemnidad para su perfeccionamiento, bastando el consentimiento de las partes<sup>135</sup>, más allá de la utilidad probatoria del contrato escrito; y es *intuitu personae*, por cuanto la entidad emisora otorga la tarjeta de crédito luego de un

---

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 257.

<sup>133</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 542. WAYAR, op. cit., pp. 95-97.

<sup>134</sup> MILLER ARTOLA, p. 542.

<sup>135</sup> MILLER ARTOLA, id. ibid. WAYAR, op. cit., p. 92.

estudio de solvencia patrimonial del usuario, extremo que marca la necesidad de identificación del usuario al momento de utilizar su tarjeta. Finalmente, sin lugar a dudas, es un contrato de cumplimiento continuado<sup>136</sup>, por cuanto, las prestaciones de las partes se prolongan en el tiempo<sup>137</sup>. Usualmente no se pacta un vencimiento en el contrato previéndose su duración ilimitada en el tiempo, morigerada por la concesión del derecho de receso unilateral a las partes, a los efectos de salvaguardar su eventual deseo de poner fin al vínculo contractual<sup>138</sup>. Asimismo, es un contrato de ejecución continuada o sucesiva, en tanto<sup>139</sup>.

Se ha sostenido, asimismo, que el contrato de emisión de tarjeta de crédito es un contrato atípico mixto, por cuanto implica la celebración de un contrato que comprende prestaciones similares a la de diferentes contratos típicos<sup>140</sup> y un contrato marco o normativo, que regula relaciones futuras que podrán o no celebrarse. Sin embargo, en la actualidad podría entenderse que se trata de un contrato nominado y típico, en tanto está contemplado de forma expresa en distintas normas legales<sup>141</sup>.

Es también un contrato comercial, por cuanto el art. 7 del Código de Comercio (en adelante CCom) enumera entre los actos de comercio a las operaciones de banco, debiendo interpretarse de forma extensiva a las operaciones de las entidades de intermediación financiera. En este sentido, sin dudas el contrato de emisión de tarjeta de crédito es un contrato comercial<sup>142</sup>, tanto cuando sea celebrado por un banco o por una entidad de intermediación financiera y, por tanto, se aplican supletoriamente a este contrato las normas del CCom<sup>143</sup>.

---

<sup>136</sup> MUGUILLO, op. cit., pp. 26-28.

<sup>137</sup> MILLER ARTOLA, id. ibid. WAYAR, op. cit., p. 100.

<sup>138</sup> HOLZ BRANDUS, «Una vez más...», p. 333.

<sup>139</sup> MILLER ARTOLA, id. ibid.

<sup>140</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, p. 38.

<sup>141</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 542.

<sup>142</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 712. MILLER ARTOLA, op. cit., p. 542

<sup>143</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 224.

Cuando la tarjeta de crédito es emitida por un banco podemos ubicarlo, asimismo, dentro de la categoría de contratos bancarios, concebidos por OLIVERA GARCÍA como los negocios jurídicos mediante los cuales los bancos realizan las operaciones propias de su giro, ya sean de intermediación financiera o de servicios financieros. Estos contratos son, por su naturaleza, contratos en masa, concebidos como productos estandarizados, diseñados comercial y jurídicamente para ser colocados de forma general en el mercado siendo preparados anticipadamente por el banco mediante formularios<sup>144</sup>. Se elaboran en base a condiciones generales convirtiéndose en contratos de adhesión, en los cuales, a pesar de la vigencia del principio de libertad contractual, el cliente debe aceptarlos o rechazarlos en la forma en la que se los presenta<sup>145</sup>. En palabras de RODRÍGUEZ AZUERO, los contratos bancarios resultan de la existencia de condiciones generales establecidas por la entidad bancaria, limitándose al tercero que contrata con el banco a manifestar su aceptación o rechazo a dichas condiciones generales en las cuales la entidad está dispuesta a prestar el servicio que se contrata<sup>146</sup>.

En efecto, es claro que el contrato de emisión de tarjeta de crédito es un contrato de adhesión por excelencia<sup>147</sup>, pues, está formado por condiciones generales impuestas por la entidad financiera emisora, sin posibilidad de que el tarjetahabiente realice modificaciones sustanciales a éstas<sup>148</sup>. Ajustándose a la definición consagrada en el art. 28 de la LRC<sup>149</sup>. En tanto, las condiciones y cláusulas del contrato son establecidas de forma unilateral por el banco o entidad financiera, sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente el contenido<sup>150</sup>, limitándose a prestar su consentimiento a las condiciones de contratación predispuestas de forma

---

<sup>144</sup> OLIVERA GARCÍA, op. cit., p. 123.

<sup>145</sup> MORENO LISO, L., «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *Revista de Derecho Bancario*, nº 122/2011, Aranzadi Professional, BIB 2013\139008 (Madrid: Lex Nova, 2011), p. 47.

<sup>146</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, op. cit., p. 119.

<sup>147</sup> BONFANTI, op. cit., p. 222; OLIVERA GARCÍA, op. cit., pp. 122-123; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 227. MUGUILLO, op. cit., p. 29.

<sup>148</sup> WAYAR, op. cit., pp. 100 y 131.

<sup>149</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 712.

<sup>150</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 595.

íntegra por el oferente, conformando un típico contrato de consumo alcanzado por el marco regulatorio protector del consumidor<sup>151</sup>. El tarjetahabiente carece de capacidad y posibilidad de negociación, procediendo a aceptar las condiciones impuestas por la entidad financiera que, de no necesitar financiación o contar con otros medios para afrontar sus gastos no aceptaría<sup>152</sup>.

Como corolario, podemos afirmar, sin hesitaciones, que el contrato de tarjeta de crédito es un contrato de consumo<sup>153</sup>, ubicado dentro de la gama de consumo de servicios financieros al que deviene aplicable la normativa de protección al consumidor consagrada en la LRC<sup>154</sup>. Pues bien, el contrato se celebra en el marco de una relación de consumo financiera que se genera entre la entidad financiera emisora que asume el rol de proveedor de servicios financieros (art. 3 LRC) y el tarjetahabiente que es un consumidor<sup>155</sup> en los términos consagrados en el art. 2 LRC, concebido como la persona física o jurídica que adhiere a dichos servicios como destinatario final, para sí mismo, su familia o entorno social cercano y no para integrarlos a su actividad profesional.

La doctrina es unánime en considerar que la LRC es aplicable a los servicios financieros, por cuanto la norma no los excluye de las prestaciones onerosas de productos y servicios que define la relación de consumo de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la LRC<sup>156</sup>. El art. 5 de la citada norma define a los servicios como cualquier actividad remunerada suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resulten de las

---

<sup>151</sup> MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, pp. 20 y 67; SAUX, op. cit., pp. 802- 803; MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjetas de crédito: comentario...», p.370; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, V. 3, pp. 225 - 227

<sup>152</sup> URIARTE CASTILLO, J., *Transformación y modernización de los servicios de contratación bancaria con consumidores y usuarios* (Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2015), p. 158. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10651/34829> (consultado el 10/04/2022).

<sup>153</sup> WAYAR, op. cit., p. 100.

<sup>154</sup> FACAL SEOANE, «La inseguridad jurídica...», p. 22.

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 225 -226. ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 712

<sup>156</sup> ORTIZ, V., «Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual: sociedades, contratos, concurso* (Montevideo: FCU, 2015), p. 309. OLIVERA GARCÍA, *Cuestiones de derecho...*, p. 123. MILLER ARTOLA, op. cit., p. 526. MERLINSKI GOLDSTEIN, R., «Protección del consumidor de servicios bancarios y financieros», *Revista crítica de Derecho privado*, n° 3, 2006, LJU Online, Cita Online: UY/DOC/332/2010, p. 6.

relaciones laborales. No obstante, debe puntualizarse que en el ámbito financiero corresponde realizar una precisión por la especial naturaleza del dinero, que determina que sean considerados consumidores financieros las personas físicas o jurídicas sin actividad comercial o industrial que toman un crédito para satisfacer sus necesidades de consumo (como es el caso usual del tarjetahabiente), no obstante, no lo son cuando dicha persona no se constituye en el destinatario final del dinero, por ejemplo, cuando la persona toma un préstamo para posteriormente dar en préstamo dicho dinero recibido<sup>157</sup>.

La jurisprudencia también es conteste en afirmar que el vínculo banco-cliente en los contratos bancarios pertenece a la categoría de contrato de adhesión, siendo el consumidor un consumidor de servicios financieros, tal como ha sido sostenido a vía de ejemplo, en la sentencia n° 29/2003 del JLC 1° y sentencias n° 942/2008 y 102/2020 de la Suprema Corte de Justicia (SCJ)<sup>158</sup>. En dichas piezas jurisprudenciales se ha considerado que el banco o entidad financiera realiza las operaciones bancarias/financieras haciendo de éstas su profesión habitual, desplegando su actividad bancaria mediante su estructura empresarial. La profesionalidad de su actividad financiera acarrea superioridad técnica para la empresa bancaria o financiera e inferioridad jurídica para su cliente, determinando la existencia de un claro desequilibrio entre los contratantes que pretende ser neutralizado con la protección legal al consumidor.

Así también ha sido sostenido por la doctrina española. Destacando que en la actualidad todas las operaciones de activo y pasivo bancarias se instrumentan en contratos tipo, con un contenido contractual articulado mediante cláusulas calificables de condiciones generales (art. 1 LCGC). Este tipo contractual claramente diferenciado del paradigma de negociación de la contratación tradicional que funda su eficacia en el consentimiento provoca que la eficacia de estos contratos dependa de que el predisponente cumpla con los

---

<sup>157</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, t. IV (Montevideo: FCU, 2021), pp. 246-247.

<sup>158</sup> SJLC 1° Turno n° 29/2003, (RODRÍGUEZ MASCARDI, T) apud SZAFIR SLOTOLOW, D., «Contrato de Adhesión y Cláusulas Abusivas», *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, dir. SZAFIR SLOTOLOW, D., t. I (Montevideo: La Ley Uruguay, 2011), p. 452, SSCJ n° 942/2008, 24 de diciembre (RODRÍGUEZ CAORSI, H.) y SSCJ n° 102/2020, 21 de mayo/(MARTÍNEZ ROSSO, E).

especiales deberes de configuración contractual, orientados a lograr una comprensibilidad real de las condiciones pactadas y un equilibrio prestacional<sup>159</sup>. En virtud de que, en la mayoría de los casos, los contratos bancarios se presentan como contratos de adhesión, le son aplicables toda la legislación en materia de protección al consumidor. En especial, el TRLGDCU, la normativa sectorial sobre transparencia bancaria, las circulares del Banco de España que en virtud de su potestad reglamentaria en la materia dicte con contenido obligatorio para las entidades de crédito<sup>160</sup>, el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, donde se regulan todos los sistemas de pago que la propia ley define en su artículo 1.2, encontrándose comprendida, entre ellos, las tarjetas de crédito.

### **3. Marco normativo**

Luego de haber estudiado los principales aspectos que caracterizan al contrato de emisión de tarjeta de crédito es preciso delimitar el marco normativo aplicable a este contrato. Al respecto, corresponde destacar que se aplican a este contrato los principios generales y los usos y costumbres imperantes en nuestro país y las normas aplicables a los emisores o administradores de la tarjeta, los que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 16.696 -en redacción dada por la Ley 18.401/2008- se encuentran sometidas a la previa autorización del BCU para funcionar, así como a las potestades de regulación y control de este organismo<sup>161</sup>.

En mérito a lo señalado, le es aplicables al contrato de emisión de tarjeta de crédito toda la normativa reglamentaria que el BCU ha dictado, -y la que dicte bajo su potestad reglamentaria – con relación a la operativa de la tarjeta de crédito. Fundamentalmente, la contenida en el Libro III - arts. 117.6 al art. 117.13-, el Libro IV -arts. 194 a 199- y Libro XI de la RNRCSF<sup>162</sup>. En estas

---

<sup>159</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., «Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2015, v. 2, BIB 2015\717 (Madrid: Aranzadi, 2015), p. 51.

<sup>160</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 48.

<sup>161</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjeta de crédito», p. 381.

<sup>162</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 542.

normas se regula, entre otras cuestiones, las características generales de los contratos de adhesión predispuestos por las entidades supervisadas consagrando la obligatoriedad de entrega de una copia al consumidor, la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas y las exigencias reglamentarias para el libramiento de un título valor incompleto aplicables a la tarjeta de crédito cuando se utilice dicho mecanismo en su operativa. Asimismo, la tarjeta de crédito se encuentra alcanzada por la Recopilación de Normas del Sistema de Pagos dictada por el BCU<sup>163</sup> y en virtud de los cometidos conferidos a la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU, le resultan aplicables a este contrato las normas generales e instrucciones particulares dictadas por el BCU<sup>164</sup>.

Su calidad de contrato de consumo y de contrato de adhesión, hacen aplicables al contrato de emisión de tarjeta de crédito no sólo las normas constitucionales y de Derecho del consumo general como los arts. 7, 8, 52 y 332 de la CN y la LRC, sino las normas administrativas sectoriales del ámbito bancario que regulan específicamente las relaciones de consumo financieras. Puede señalarse como las más importantes, el Decreto-Ley nº 15.322 de intermediación financiera y modificativas, la Ley nº 16.696 (Carta Orgánica del BCU) en redacción dada por la Ley 18.401, la Ley nº 18.212 de tasas de intereses y usura (en adelante LIU), la Ley nº 19.210 de inclusión financiera y especialmente la reciente LMPE<sup>165</sup>. Asimismo, le es aplicable el Decreto nº 78/2002 -en redacción dada por el Decreto nº 452/2002- que busca adecuar los contratos tipo de tarjeta de crédito a las disposiciones de la LRC. En esta norma se prohíbe expresamente la modificación unilateral del contrato por parte de la entidad emisora, salvo en lo atinente al límite de crédito o de adelantos de dinero en efectivo (art. 2) se dispone que el contrato no podrá alterar el régimen general de la carga de la prueba, el cual es de orden público (art. 3) así como las eximentes de responsabilidad, que deben ser las previstas en el régimen general de responsabilidad contractual (art. 1342 y 1343 CC), se prohíbe la inclusión en los estados de cuenta de cargos no pactados sobre los

---

<sup>163</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 541.

<sup>164</sup> MARIÑO LÓPEZ, «Los contratos relacionales...», pp. 1005-1006.

<sup>165</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 541.

cuales el consumidor no haya sido previamente informado -salvo las excepciones disciplinadas en el art. 4- y se consagra la admisión de la utilización de títulos valores en blanco o incompletos, sujetando dicha práctica a las especificaciones establecidas por BCU.

Con la aprobación de la LMPE, el contrato de emisión de tarjeta de crédito pasó a tener una regulación legal expresa como medio de pago<sup>166</sup> consagrándose un concepto legal de tarjeta de crédito<sup>167</sup> y delimitándose el contenido mínimo del contrato (arts. 12 a 18), las obligaciones de las partes, la responsabilidad del emisor, así como la prohibición de la inclusión de las cláusulas abusivas<sup>168</sup>.

La citada norma consagró un marco regulatorio específico para el sistema de tarjetas de crédito, pasando a tener en el sistema de derecho uruguayo un concepto legal de tarjeta de crédito y una regulación de su operativa, con rango legal, sin perjuicio de su coexistencia con la normativa reglamentaria vigente y la que pueda dictar el BCU en un futuro, en el ejercicio de sus cometidos como organismo regulador, de control y fiscalizador de las entidades financieras que integran el sistema de medios de pago electrónico.

En el art. 14 de la LMPE se consagra un contenido mínimo del contrato de emisión de tarjeta de crédito, el cual debe necesariamente incluir las condiciones respecto a: *a-* la responsabilidad de las partes en caso de sustracción, hurto, rapiña, extravío o falsificación del medio de pago electrónico, incluyendo información respecto al procedimiento mediante el cual el tarjetahabiente deberá efectuar el procedimiento de denuncia de estos hechos; *b-* las modalidades operativas de uso de la tarjeta y los cargos que se imputen por su tenencia y uso a nivel nacional, regional e internacional,

---

<sup>166</sup> MARIÑO LÓPEZ, «Los contratos relacionales, las relaciones de consumo bancarias y el equilibrio de las posiciones contractuales», *Estudios de Derecho Comercial*, t. II, Dir. OLIVERA GARCÍA, R. (Montevideo: La ley Uruguay, 2020), pp. 1005-1007; MERLINSKI GOLDSTEIN, op. cit., p. 381.

<sup>167</sup> Definida en el art. 1 de la LMPE en los términos siguientes: “*Tarjeta de crédito: medio de pago electrónico que habilita a su titular a hacer uso de una línea de crédito otorgada, que le permite realizar compras de bienes, pagos de servicios y extracciones de efectivo hasta un límite previamente acordado*”.

<sup>168</sup> Es importante aclarar que las disposiciones legales contenidas en esta norma son aplicables únicamente cuando las tarjetas de crédito sean emitidas por instituciones locales, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 1 de la LMPE.

incluyendo la forma de determinar los tipos de cambio a utilizar en caso de ser necesario convertir a moneda nacional, o a una moneda extranjera distinta, las compras o retiros de efectivo realizados en el exterior; *c-* la condición en la que el medio de pago electrónico perderá validez antes de su vencimiento, a solicitud del usuario o por decisión del emisor; *d-* la previsión del derecho de rescisión del usuario en caso que se prevea la renovación automática del contrato, el que podrá ejercerse dentro de un período de treinta días en el cual el usuario puede devolver el medio de pago electrónico sin cargo alguno, correspondiendo la devolución del cargo anual o cualquier otro concepto que haya sido cobrado anticipadamente, por los meses ya cobrados y no utilizados; *e)* la forma de determinar y comunicar la tasa de interés aplicable sobre los saldos deudores y todo otro cargo, previa y expresamente pactado por cualquier concepto, así como el lugar y la fecha de los pagos; *f-* el método que se utilizará para calcular el monto de intereses a pagar y la forma de calcular los recargos y todo gasto generado por la mora del deudor; *g-* el monto máximo de la línea de crédito otorgada y los mecanismos para su modificación; *h-* la forma de determinar el pago mínimo y de imputar los pagos parciales, así como la indicación de si se admite el pago por anticipado y, en caso afirmativo, de sus condiciones; *i-* el medio y el plazo que se utilizará para el aviso previo al usuario en caso de modificación de alguno de los procedimientos mencionados.

Dicho contrato de emisión de tarjeta de crédito deberá ser entregado al tarjetahabiente en una copia de forma previa a la suscripción del contrato tal como lo establece el art. 353 de la RNRCSF<sup>169</sup> y, adicionalmente –como ya se ha adelantado en el apartado anterior- deberá entregársele una cartilla donde se le informará de forma destacada sobre las siguientes condiciones: *a-* la responsabilidad de las partes en caso de robo, extravío o falsificación de la tarjeta y la forma en que el cliente deberá efectuar el procedimiento de denuncia de estos hechos, de acuerdo con lo establecido en los contratos; *b-*

---

<sup>169</sup> Obsérvese que la norma citada obliga a las entidades financieras no solo a entregar copia del contrato al consumidor contratante, sino que todas las condiciones generales de contratación que se utilicen para la contratación de servicios deberán estar disponibles para todo público tanto en sus locales como en su sitio web, de manera de permitir su lectura y análisis previo, debiéndose entregar una copia impresa en el caso de que sea solicitado, sin costo ni obligación de contratar.

las tasas de interés compensatorio y de mora vigentes, o una explicación de cómo puede el cliente informarse de éstas; c- los cargos, gastos, comisiones, tarifas, seguros, multas, tributos y otros importes aplicables, indicando concepto, periodicidad de cobro y el carácter obligatorio u optativo de cada uno y la forma en la que el cliente puede informarse del monto vigente y d- el límite de crédito otorgado o la forma en que este será comunicado al cliente cuando su tarjeta sea activada.

La obligación de entrega al usuario de la cartilla de la tarjeta de crédito de forma previa a la suscripción del contrato de la tarjeta-consagrada en el art. 383 de la RNRCSF- encuentra su fundamento en la necesidad de reforzar el derecho de información del tarjetahabiente como consumidor financiero, teniendo como objeto la presentación de forma destacada de los principales elementos que el tarjetahabiente debe considerar al momento de su contratación. Permitiendo una lectura más amena para el consumidor, que la que representaría la lectura de todas las condiciones pactadas en el contrato de adhesión de emisión de tarjeta de crédito, pues, suelen tener una extensión considerable, llegando inclusive a presentarse como librillos. El contenido de dicha cartilla es supervisado de forma previa a su emisión por el BCU con el objetivo de garantizar el derecho de información del tarjetahabiente<sup>170</sup>.

Una vez analizado el sistema negocial de la tarjeta de crédito y habiendo concebido al contrato de emisión de tarjeta de crédito como un típico contrato de adhesión sometido a las normas de Derecho del consumo, nos avocaremos a profundizar en el concepto de contrato de adhesión y a introducirnos en el estudio de las disposiciones que protegen al consumidor contra la inclusión de las cláusulas abusivas en este tipo de contratos.

---

<sup>170</sup> ARTECONA GULLA, D., comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

## II. Los contratos de adhesión

### A. Concepción clásica de la contratación y contratos de adhesión

Nuestro sistema legislativo y constitucional consagra fundamentalmente tres pilares sobre los que se basa la concepción clásica de la contratación: la libertad jurídica, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad. El principio de libertad contractual faculta a toda persona a celebrar cualquier contrato, aunque éste no se encuentre expresamente previsto en las normas, con el límite de que los convenios celebrados no colisionen con las leyes en las que se protege el orden público y las buenas costumbres (art. 10 inc. 2° de la Constitución nacional –en adelante CN- y arts. 11 y 1260 del CC). La libertad o autonomía contractual supone la libertad del individuo de celebrar o no el contrato y, además, la libertad de determinar el contenido del contrato dentro de los límites de la ley (cláusulas de interés, cláusulas abusivas, cláusulas restrictivas de la libertad de competencia o que alteran las reglas de la competencia en el mercado) el orden público y las buenas costumbres<sup>171</sup>. Este principio se encuentra reforzado por el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la CN y juntos conforman los cimientos de un sistema de contratación regido por la autonomía de la voluntad de las partes para obligarse de común acuerdo, reconociendo a dicho negocio jurídico el mismo valor o efecto jurídico para las partes, que la ley misma<sup>172</sup>.

Estos tres pilares de la contratación ordinaria consagrados en nuestra CN y el CC, tienen como resultado la concepción del contrato tradicional como aquel contrato integrado por diversas cláusulas que son el resultado de la libre negociación entre las partes contratantes, esto es, de los acuerdos a los que

---

<sup>171</sup> FERRER MONTENEGRO, A., «Contrato y libertad contractual Una visión desde el derecho comercial», *Revista de Derecho*, nº6 (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2011), p. 66. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/799> (consultado el 06/04/2022); OLIVERA GARCÍA, «Contrato de seguro y autonomía de la voluntad», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial* (Montevideo: FCU, 2014), p. 310.

<sup>172</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, C., «Las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas abusivas con especial referencia a las cláusulas de exoneración de responsabilidad», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra* (Montevideo: FCU, 2001), pp. 196–197.

han llegado en el ámbito de las tratativas. El contrato así concebido como el fruto del libre consentimiento de las partes, adquiere fuerza de ley entre éstas, fundando su obligatoriedad en que las cláusulas han sido libremente pactadas por las partes y, en tanto no violenten los límites de la ley, la moral o el orden público, las obligan como la ley misma.

Sin embargo, en los contratos de adhesión se rompe el equilibrio contractual, en virtud de la posición dominante del oferente de bienes y servicios respecto al consumidor<sup>173</sup>. La negociación de las cláusulas que dan contenido al contrato es inexistente<sup>174</sup>, pues, es remplazada por la elaboración unilateral del empresario o proveedor de la relación de consumo, que crea uno o varios contratos tipo que regulan las transacciones más frecuentes con sus clientes (consumidores) brindando uniformidad a los contratos utilizados en su operativa comercial. El empresario es quien prerredacta el contrato de adhesión mediante pactos semejantes para cada tipo de contrato dotando de agilidad y sencillez al proceso de contratación con sus clientes y evitando la necesidad de que sus empleados tengan conocimientos técnicos, en tanto, los contratos ya se encuentran prerredactados y uniformizados para ser utilizados con sus clientes. Por este motivo, cuando nos referimos a las partes contratantes en los contratos de adhesión, nombramos al empresario como predisponente del contrato y al consumidor que contrata con él como adherente<sup>175</sup>.

## **B. Origen y justificación de los contratos de adhesión**

La aparición de esta modalidad negocial de contratación por adhesión se debe más a motivos económicos que propiamente jurídicos. Con la masificación de los negocios y la globalización del comercio acontecida fundamentalmente a partir de la Revolución Industrial, surgió la necesidad de racionalizar y disminuir los costos económicos y temporales de contratación mediante la estandarización de las formas contractuales. Así, el esquema

---

<sup>173</sup> CREIMER BAJUK, op. cit., p. 74.

<sup>174</sup> HOLZ BRANDUS, *Mercado y Derecho* (Montevideo: FCU, 1993), p. 155.

<sup>175</sup> DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M.T, *Manual de Derecho de consumo* (Madrid: Reus, 2006), p. 70.

tradicional de contratación basado en la libertad de contratar y la formulación individual del contrato no se ajustaba ya a las exigencias de la economía en masa, haciendo necesaria una simplificación de la formación contractual, que evitara las largas tratativas o negociaciones sobre las cláusulas contractuales<sup>176</sup>, pues, las empresas de importantes dimensiones no pueden ya celebrar contratos individuales con cada uno de sus clientes, determinando la necesidad de utilizar formularios o contratos tipo<sup>177</sup>. Su aparición responde a la racionalización del comercio, que impone un uso de contratos estándar y en muchos casos, también el uso de condiciones predispuestas responde a un desplazamiento de los riesgos en determinadas materias, tales como, la responsabilidad contractual, dando lugar a cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad<sup>178</sup>.

La contratación en masa se impone como una forma de contratar absolutamente indispensable en nuestra realidad<sup>179</sup>, como una consecuencia inevitable de la producción también en serie, producto de una economía más evolucionada, que obliga a uniformizar las operaciones que refieren a un mismo tipo, dando lugar a contratos homogéneos<sup>180</sup>, con una modalidad de contratación ágil, rápida y con una reducción de los costos de transacción<sup>181</sup> que tendría negociar estos contratos uno a uno, produciendo como resultado una mejora en la gestión y una economización en los tiempos y medios para las empresas<sup>182</sup>. Se adopta una modalidad de contratación en serie, mediante la cual el empresario estandariza los contratos con la confección de reglas generales para un mismo tipo de operaciones negociales, que serán

---

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA Y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, t. VI (Montevideo: FCU, 2021), pp. 178-179.

<sup>177</sup> BUGALLO MONTAÑO, B., *Manual básico de derecho de la empresa* (Montevideo: FCU, 2005), p. 128.

<sup>178</sup> MILLER ARTOLA, op. cit. pp. 50-51.

<sup>179</sup> CREIMER BAJUK, op. cit., p. 74.

<sup>180</sup> GAMARRA SAGARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX, 4ª ed. (Montevideo: FCU, 2003), p. 276.

<sup>181</sup> DE CORES HELGUERA, C., *Introducción al derecho de los servicios financiero* (Montevideo: La Ley Uruguay, 2009), p. 207; HOLZ BRANDUS, *Mercado y...*, p. 153.

<sup>182</sup> BUTTERI CARDOZO, R., y FLORES MORENO, D., «Contratos de adhesión en la Ley de relaciones de consumo», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial* (Montevideo: FCU, 2014), p. 248.

presentados al potencial contratante para que manifieste su voluntad de aceptar dichas condiciones generales, en los términos en las que se encuentran preredactados. Esta declaración de aceptación tiene el efecto de vincular al adherente a pesar de que éste no haya participado en la elaboración del contrato, ni haya tenido posibilidad alguna de introducir modificaciones. El perfeccionamiento del contrato se produce en una situación de desigualdad jurídica entre el empresario y el adherente, que adhiere a un contrato sin posibilidades de negociar el contenido de las obligaciones que surgirán de dicho acuerdo, viendo limitada su autonomía de voluntad<sup>183</sup> o libertad contractual, la cual queda restringida a la libertad de decisión (decidir entre un negocio u otro) pero sin una verdadera libertad de configuración (libertad de establecer una u otra regulación)<sup>184</sup> o determinación del contenido contractual<sup>185</sup>.

El contrato de adhesión se caracteriza, entonces, por dos aspectos novedosos frente al contrato paritario tradicional. En primer término porque existe una desigualdad entre las partes, que permite que la parte más fuerte incurra en abusos de la parte más débil mediante la incorporación de cláusulas leoninas o abusivas y en segundo lugar, por las particularidades del proceso de formación del contrato, que ante la ausencia de tratativas y de posibilidad de introducir modificaciones, puede llevar a considerarse que no existe un auténtico consentimiento del adherente, en tanto debe aceptar las cláusulas tal como figuran redactadas y, en muchos casos, sin un efectivo conocimiento de éstas, por no haber participado en su elaboración<sup>186</sup>.

Esta forma de contratación en masa mediante contratos de adhesión se ha expandido a todas las áreas del comercio- en especial en el ámbito de la contratación bancaria- por las indudables ventajas que presenta, en referencia a la racionalización de recursos humanos, tiempo y costos del banquero<sup>187</sup>. Lo

---

<sup>183</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, R., «Protección del consumidor...», p. 1.

<sup>184</sup> MARIÑO LÓPEZ, A. *Responsabilidad por utilización...*, pp. 55- 56, 58.

<sup>185</sup> MILLER ARTOLA, op. cit. p. 51.

<sup>186</sup> GAMARRA SAGARRA, op. cit., p. 281.

<sup>187</sup> NIETO CAROL, U., *Contratos bancarios de financiación. Contenido económico. Transparencia y protección de la clientela* (Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015) Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/44159> (consultada el 10/12/2022), pp. 63-64.

que también en cierto punto termina siendo beneficioso para el consumidor de los servicios bancarios y/o financieros, permitiendo el acceso a una contratación con menores costos. Sin embargo, por otro lado, encierra un riesgo para el consumidor que no conoce la contratación bancaria, o en general la conoce muy mal, por ser un sistema sumamente complejo, con un alto grado de especialización y, por tanto, de difícil comprensión para el consumidor medio<sup>188</sup>.

Adicionalmente, este fenómeno de contratación masiva se encuentra actualmente potenciado con la contratación electrónica, que ha llevado a que un gran porcentaje de los contratos de consumo celebrados entre comerciantes y consumidores sean celebrados a través de una infraestructura electrónica<sup>189</sup>. La contratación electrónica nos coloca ante una nueva modalidad de instrumentación del vínculo, en la cual, la aceptación de los contratos de adhesión se realiza a distancia. Esto es, empresario y consumidor no confluyen en un mismo lugar físico donde se celebra el contrato de consumo, sino que la oferta se difunde a consumidores indeterminados mediante el sitio web de proveedor, avisos, correos electrónicos o catálogos y la adhesión del consumidor al contrato se transmite por medios electrónicos, tales como la celebración de contratos en línea alojados en el sitio web del proveedor o en plataformas digitales, mediante correo electrónico, WhatsApp, correo postal, catálogos, fax, u otros<sup>190</sup>. Esta proliferación de la modalidad de contratación electrónica nos propone nuevos desafíos y escollos, que se suman a los que ya representan la desigualdad de las partes en la contratación en masa mediante contratos de adhesión, dificultando aún más el conocimiento de la totalidad del contenido del vínculo contractual para el consumidor.

A modo de síntesis, podemos mencionar que esta modalidad de contratación por adhesión se caracteriza por la ausencia de tratativas preliminares y cualquier tipo de discusión previa entre las partes simplificándose el proceso de contratación, de forma que una de las partes

---

<sup>188</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Protección del consumidor...», p. 1.

<sup>189</sup> BUGALLO MONTAÑO, B., *Internet, Comercio Electrónico, y propiedad intelectual* (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2000), pp. 38 y 39.

<sup>190</sup> BELLEGARRIGUE PINO, C., «Contratos de adhesión y Cláusulas Abusivas», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial* (Montevideo: FCU, 2014), p. 244.

pacta de forma unilateral las condiciones del contrato y la otra parte las acepta en forma expresa o tácita, perfeccionándose el contrato en el momento en que el consumidor acepta la oferta, o en el momento en que la aceptación del consumidor llega al empresario oferente –(en el caso de celebración del contrato por medios electrónicos)<sup>191</sup>.

Esta forma de instrumentación del vínculo contractual lleva a la doctrina a concebir a los contratos de adhesión como aquellos en los que la parte débil sólo tiene la opción de adherirse, por encontrarse en un estado de necesidad, o - en una concepción más amplia- como aquellos contratos en los que los términos del acuerdo son predeterminados por la parte más fuerte, en tanto la otra parte tiene limitada su decisión a si adhiere o no a tales estipulaciones contractuales, sin tener la oportunidad de discutirlos<sup>192</sup>. Al respecto, existe acuerdo en la doctrina en considerar que, a pesar de que la voluntad de los contratantes se manifiesta en diferentes condiciones, nos encontramos frente a un negocio que conserva su naturaleza jurídica contractual<sup>193</sup>. En definitiva, las declaraciones de voluntad de ambas partes coinciden, aunque la de una de las partes quede limitada a la aceptación o no de la voluntad declara de la otra<sup>194</sup>.

## **C. El concepto de contrato de adhesión en la legislación**

### **1. Legislación nacional**

En el ordenamiento jurídico nacional, el legislador se ha ocupado de consagrar expresamente el concepto de contrato de adhesión en la LRC y lo ha definido en su art. 28 como un contrato predispuesto, cuyas cláusulas han sido incorporadas en forma unilateral por el proveedor del producto o servicio, sin que el consumidor haya podido discutir, modificar o negociar su contenido. Corresponde destacar que de la norma se deriva la naturaleza contractual del contrato de adhesión, despejando las dudas que había desplegado la doctrina

---

<sup>191</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 247.

<sup>192</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, t. VI, p. 180.

<sup>193</sup> HOLZ BRANDUS, op. cit., p. 155.

<sup>194</sup> NIETO CAROL, op. cit., pp. 54-55.

que entendía que, en esta modalidad contractual, el elemento consentimiento se encontraba, aunque no ausente, fuertemente debilitado<sup>195</sup>.

El concepto de contrato de adhesión consagrado contiene una delimitación subjetiva y objetiva<sup>196</sup>. Con respecto a la primera, establece que las partes que integran el contrato son el proveedor y el consumidor, definidos en el art. 2 de la norma. El proveedor, como la parte que realiza alguna actividad que integre cualquiera de los eslabones de la cadena del servicio prestado al consumidor o el producto comercializado, de manera profesional y el consumidor como quien adquiere o utiliza un producto o servicio con la calidad de destinatario final en una relación de consumo, o en función de ella<sup>197</sup>.

Esta delimitación subjetiva restringe el concepto de contrato de adhesión a aquellos que se celebren entre un proveedor y consumidor, comprendiendo dentro de la categoría consumidor tanto a las personas físicas como a las jurídicas, cuando estas sean destinatarias finales de los productos o servicios adquiridos. Esta ha sido la posición mayoritaria de la doctrina nacional respecto al alcance del concepto de consumidor a las personas jurídicas, puesto que el núcleo de dicho concepto se centra en la calidad de destinatario final de la persona física o jurídica que adquiere el producto o servicio. En este sentido, como destaca en nuestra doctrina SZAFIR SLOTOLOW, nada justifica la exclusión de la persona jurídica cuando es destinataria final de productos o servicios, pues, por ser persona jurídica no se convierte en consumidora poderosa, que pueda impedir los abusos ocasionados por el proveedor. La persona jurídica que no integra el producto o servicio que contrata, de forma efectiva, volcándolo nuevamente al mercado, puede ser consumidora, en tanto también es destinataria final del producto o servicio contratado y en su carácter de tal, es considerada débil frente al proveedor<sup>198</sup>. La debilidad y desequilibrio que se genera entre la persona jurídica que adquiere productos o servicios que

---

<sup>195</sup> GAMARRA SAGARRA, Op. cit., p. 290.

<sup>196</sup> BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 244; BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 248.

<sup>197</sup> No ingresaremos al estudio del alcance del concepto de consumidor *bystander* – o no contratante- en virtud de que excede el objetivo del presente trabajo.

<sup>198</sup> SZAFIR SLOTOLOW, D., *Consumidores. Análisis Exegético de la Ley 17.250*, 4ª. ed. act. (Montevideo: FCU, 2014), p. 29.

consume o utiliza para cumplir su cometido, sin integrarlo al proceso comercial y el proveedor, es la misma que se genera cuando una persona física compra un auto para trasladarse a su trabajo, por tanto, no hay razones para excluir a la persona jurídica como consumidora, en tanto sea destinataria final<sup>199</sup>. SZAFIR destaca que, el fundamento axiológico de la LRC no es proteger al pobre, torpe o profano sino al débil negocial, y es débil tanto quien conoce los riesgos que asume o los desconoce, o quien posee riqueza o está en situación de pobreza. Dado que, en definitiva, el consumidor es protegido en virtud de que carece del poder de negociar, modificar o imponer condiciones al proveedor, que presenta un contrato con cláusulas que son predispuestas e innegociables<sup>200</sup>.

Siguiendo a RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ podemos destacar que, lo esencial para la determinación del alcance subjetivo del concepto de consumidor no está en determinar si el producto o servicio adquirido fue inserto en un proceso de comercialización o producción, sino en determinar si fue utilizado con la calidad de destinatario final. A los efectos de diferenciar estas situaciones, los citados autores ponen como ejemplos el fabricante que adquiere materia prima, que integra en un proceso de producción o transformación, quedando sin la calidad de consumidor, en contraposición con la adquisición que ese mismo fabricante realice de una maquinaria para transformar la materia prima, dado que si bien la integra en el proceso de producción o transformación, dicha persona física o jurídica fabricante es el destinatario final de dicha maquinaria, formándose la relación de consumo<sup>201</sup>.

Cuando el bien que se adquiere es el dinero, la delimitación se hace más dificultosa. Si una persona física, sin actividad comercial o industrial, adquiere un crédito para satisfacer sus necesidades de consumo, sin duda alguna se ha señalado que nos encontramos ante un consumidor y una relación de consumo. No obstante, si el tomador del crédito es un comerciante o sociedad comercial, se ha descartado su calidad de consumidor cuando la finalidad es aplicar dicho dinero a su actividad comercial o industrial, por ejemplo, utilizándolo para abonar mercadería o salario de sus trabajadores. Pero,

---

<sup>199</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 28.

<sup>200</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 30.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, t. IV, p. 246.

obsérvese que, el destino final del dinero es utilizarlo de acuerdo a su función: cancelar obligaciones pecuniarias. Por tanto, si una sociedad comercial -que como tal, es persona jurídica- toma un crédito para utilizarlo para el pago del salario de sus trabajadores o de mercaderías, estaría utilizando el dinero para cancelar obligaciones pecuniarias, entonces, no habría razones para considerar que dicha sociedad no es consumidora, en tanto ha utilizado el dinero como destinataria final. Diferente sería la situación si dicha sociedad comercial toma un préstamo para a su vez dar en préstamo el dinero recibido, en cuyo caso el dinero como bien o producto adquirido continua su ciclo económico y, por tanto, la sociedad comercial no fue la destinataria final del bien, no pudiendo ser considerada consumidora en su relación con la entidad que le otorgó dicho préstamo. En síntesis, la LRC pone el núcleo del concepto del consumidor en la calidad de destinatario final del bien, siendo tal quien se encuentra al final del ciclo económico, utilizando el bien de acuerdo con su propio destino<sup>202</sup>.

Para otra parte de la doctrina, en cambio, el art. 2 de la LRC establece un concepto restringido de consumidor que excluye el denominado consumo empresarial<sup>203</sup>. En este sentido, OLIVERA GARCÍA ha sostenido que de la simple interpretación de las palabras de la LRC y de la finalidad perseguida por el legislador se deriva que la norma circunscribe la protección del consumidor adquirente privado -no profesional- de bienes o servicios, que busca una satisfacción personal o familiar con el uso de estos. Entiende que la LRC no protege a las empresas, dado que su carácter profesional ocasiona que cuente con la información y experiencias necesarias para tomar las decisiones que mejor se adapten a sus necesidades económicas y productivas. Corriéndose el riesgo de que una interpretación extensiva del alcance de la LRC al consumo empresarial provoque distorsiones en el mercado, violentando el principio de igualdad que debe regir la contratación entre los profesionales del comercio<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, t. IV, p. 247.

<sup>203</sup> STAC 5° Turno n° 36/2012, 28 de marzo (GRADÍN ROMERO, E.).

<sup>204</sup> OLIVERA GARCÍA, «El concepto de “consumidor” en la Ley de Relaciones de Consumo», *Tribuna del Abogado*, n° 119 (Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2000), pp. 12-13.

ORDOQUI CASTILLA ha sostenido que todo lo que el comerciante adquiere para ser utilizado en su proceso de producción, ya sea mercaderías, materia prima, vehículos, instrumentos de comunicación y otros, no ingresaría en el concepto de relación de consumo y por tanto no quedaría bajo la protección de la LRC, en tanto el destino del bien está afectado a una comercialización o industrialización futura. Considera que únicamente podrá ser considerado consumidor quien le dé al bien el destino de satisfacer una necesidad personal, familiar, social o doméstica<sup>205</sup>.

En similar sentido, MARIÑO LÓPEZ considera que el legislador nacional ha dejado fuera del concepto de contratos de adhesión a los contratos celebrados entre dos empresas con asimetría de poder negocial, señalando dicha opción legislativa como desacertada, en tanto, en dichos contratos las condiciones contractuales también han sido elaborados de forma unilateral por una de las partes, sin que la otra haya tenido posibilidad de negociación sobre las cláusulas. La limitación de la libertad contractual y de la autonomía privada es similar en ambas situaciones. Pudiéndose haber optado por concebir a ambos contratos como contratos de adhesión, pero confiriéndoles diversos grados de protección al adherente, tal como se ha previsto en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Austria o Portugal<sup>206</sup>.

La jurisprudencia nacional tampoco ha sido unánime respecto al alcance del concepto de consumidor y la derivada aplicación de la LRC. Encontrando sentencias que propugnan un concepto restrictivo de la tutela de la LRC cuando la desigualdad de las partes en el contrato de adhesión no se configura. En este sentido puede citarse la sentencia n° 322/2012 del TAC 6<sup>o</sup><sup>207</sup>, en la que se estableció que es discutible el alcance subjetivo de la LRC, en especial, respecto a si es aplicable al consumo empresarial, considerándose que, aun en la posición más amplia, se requiere que entre el prestador del servicio o producto y el destinatario final, en este caso la empresa, exista una relación asimétrica. Sostienen que la falta de información, el vicio del

---

<sup>205</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo, Ley 17.250, Decreto reglamentario 244/00* (Montevideo: Del Foro, 2000), pp. 37-38.

<sup>206</sup> MARIÑO LÓPEZ, A., «El control de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor: Ley No. 17.250», *LJU*, v. 152 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2015), p. SE 70.

<sup>207</sup> STAC 6° Turno n° 322/2012, 26 de noviembre (KLETT FERNÁNDEZ, S.).

consentimiento y la superioridad técnica del banco demandado no pueden invocarse por sociedades anónimas cuyo único objetivo era la inversión. Este tipo de cliente, exclusivamente inversor no puede aducir inferioridad jurídica, puesto que, en puridad, se trata de inversores profesionales y no de consumidores. No parece lógico que sociedades que se dedican a la inversión reclamen la tutela de la LRC, aun en la posición más amplia, para que la norma sea aplicable al consumo empresarial, se requiere que entre el prestador del servicio o producto y el destinatario final, en este caso la empresa, exista una relación asimétrica, descartando la tutela de la LRC cuando la desigualdad de las partes en el contrato no se configura.

En la sentencia n° 19/2008<sup>208</sup>, el mismo Tribunal sostuvo un criterio restrictivo de la tutela de la LRC cuando la desigualdad de las partes en el contrato no se configura, descartando la aplicación de la LRC en virtud de que quien invoca la calidad de consumidor es una sociedad anónima financiera de inversión ante un banco, y refiriéndose al consumo de un servicio financiero de inversiones, dicha actividad supone la realización del objeto principal de dicha sociedad, de acuerdo al estatuto y ley que la rige. En síntesis, la actora no es un simple consumidor, sino una persona idónea, un inversor institucional que opera en el mercado con ánimo de lucro. El Tribunal se afilia a la posición de que, en una primera aproximación a la LRC, el legislador siguió la tendencia del Derecho comparado, circunscribiendo la protección al adquirente no profesional de bienes y servicios que busca obtener una satisfacción en el uso de estos. La tutela legal se orientó, inicialmente, al consumidor, persona física, destinataria final de los bienes o servicios que le afectan en su consumo personal o familiar, postulando la posición negativa de OLIVERA GARCÍA respecto al alcance subjetivo de la LRC al consumo empresarial.

En otras sentencias, el propio TAC 6° ha sostenido el mismo criterio restrictivo de la tutela de la Ley N° 17.250 cuando la desigualdad de las partes en el contrato no se configura, no ya frente a una entidad organizada en forma asociativa, sino incluso frente a una persona física, al resultar demostrado que

---

<sup>208</sup> STAC 6° Turno n° 19/2008, 20 de febrero (HOUNIE SÁNCHEZ, F.).

aquella ostentaba pericia en la materia financiera (sentencia n° 244/2007<sup>209</sup>). Al respecto se sostuvo que no existía desigualdad entre las partes contratantes, puesto que los actores tenían la calidad de inversores y realizaban negocios en los que conocían plenamente –o debían conocer– por su formación técnica, de modo de poder obtener tasas de interés más altas que las que imperaban en la plaza bancaria uruguaya.

En similar sentido, puede citarse la STAC de 1° Turno, n° 272/2022<sup>210</sup> en la que se consideró que la sociedad anónima actora no utilizó los servicios financieros del demandado como consumidor final, puesto que la actividad de la actora con relación a la transferencia de dinero no reviste la nota de consumidor final en el sentido que esa transferencia responde a una operativa comercial, cuya finalidad estriba en desarrollar su giro comercial en el territorio nacional. Sin embargo, también encontramos fallos jurisprudenciales en los que, a los efectos de conceptualizar al consumidor, ponen el foco en la calidad de destinatario final de la persona física o jurídica. En este sentido puede citarse la SJLCiv de 5° t., n° 41/2020<sup>211</sup> en la que se estableció que se considera como consumidor al sujeto que concluye un contrato fuera del objeto de la actividad profesional desarrollada, es decir, cuando el negocio celebrado no está directamente dirigido a realizar inmediatamente un propósito de esa actividad. En la SJLCiv de 17 t., n° 6/2016<sup>212</sup> se siguió la interpretación propugnada por SZAFIR SLOTOLOW respecto al alcance subjetivo del art. 2 de la LRC, considerándose que es consumidor toda persona física o jurídica que adquiere bienes o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella, cuando no los reintroduzca en el mercado, considerándose que en el caso resuelto, como los co-actores no reincorporaron las unidades adquiridas a mercado a través de los procesos de producción, transformación o comercialización, sino que las unidades no salieron de su esfera de utilización, puede subsumirse a los co-actores en la categoría de

---

<sup>209</sup> STAC 6° Turno n° 244/2007, 14 de setiembre (KLETT FERNÁNDEZ, S.).

<sup>210</sup> STAC 1° Turno n° 272/2022, 30 de noviembre (MESSERE FERRARO, A.).

<sup>211</sup> Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil (SJLCiv) 5° Turno n° 41/2020, 27 de julio (BENÍTEZ CAORSI, J.).

<sup>212</sup> SJLCiv 17° Turno n° 6/2016, 19 febrero (HERNÁNDEZ, P.), confirmada por STAC 5° Turno n° 10/2017.

consumidores. En similar sentido puede citarse la SJLCiv de 14 t., n° 1/2018<sup>213</sup>, en la que se recogió un concepto de consumidor comprensivo del denominado consumo empresarial, considerando que de la lectura armónica de todo el art. 2 de la LRC surge que quienes no son destinatarios finales de un producto o servicio, sólo dejan de ser consumidores si integran el producto o servicio adquirido a los procesos enumerados en la norma, esto es, a la transformación, producción o comercialización, debiendo interpretarse el concepto de integración de forma restrictiva, exigiendo que la integración del producto o servicio sea material y directa. Finalmente, este criterio amplio de la categoría de consumidor ha sido sostenido por la STCA n° 904/2017<sup>214</sup>, en la que se destacó que la naturaleza del sujeto comercial o no del usuario del vínculo contractual y la finalidad con que se contrata el servicio no inciden en la aplicación de la LRC, que tiene como fundamento la protección del débil negocial. Lo determinante es la integración o no del servicio en el proceso comercial posterior de venta ulterior a los terceros. Si se adquiere un servicio que utiliza para fabricar o comercializar, pero no forma parte de la fabricación como integrante del todo, debe ser considerado consumidor. En el caso ventilado, el costo del servicio es abonado por quien lo utiliza, sin que sea trasladado a tercero que lo adquiere, por tanto, no hay integración del servicio al proceso comercial.

Por otra parte, continuando con la delimitación del concepto del contrato de adhesión, la norma contiene una delimitación objetiva del concepto, refiriendo a las notas de predisposición unilateral por la parte económicamente preeminente (el proveedor) e imposición del contrato por el oferente, sin que se le confiera posibilidad de negociación o modificación de las cláusulas contractuales al consumidor<sup>215</sup>. Sin poder negocial, el consumidor no puede tener una injerencia relevante en la redacción del contrato, restando únicamente la opción de adherir o rechazarlo en los términos en los que le son

---

<sup>213</sup> SJLCiv 14° Turno n° 1/2018, 1 de febrero (TOVAGLIARE ROMERO, F).

<sup>214</sup> STCA n° 904/2017, 21 de noviembre.

<sup>215</sup> BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 244; BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 248; HOLZ BRANDUS y POZIOMEK ROSEMBLAT, *Curso de Derecho Comercial*, 4ª ed. (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2018), p. 279.

presentados. La única alternativa que tiene el contratante es aceptar el contrato con el contenido predispuesto o no celebrar el contrato<sup>216</sup>.

Quien desee contratar debe aceptar el texto contractual como viene predispuesto por el adherente, en tanto, si no lo acepta no podrá contratar la adquisición de los bienes o servicios requeridos<sup>217</sup>. El consumidor en aras de satisfacer sus necesidades de bienes o servicios otorga su consentimiento en este contrato desde su posición de debilidad negocial<sup>218</sup>, pues, en ocasiones existe un único proveedor de los servicios que el consumidor necesita. Tal como sucede con los servicios de agua potable, electricidad o telefonía fija en nuestro país. En otros casos, las condiciones de contratación ofrecidas por los diversos prestadores no presentan mejoras sustanciales, dejando al consumidor sin otra alternativa que adherir al contrato para acceder a dichos servicios o productos. Esta circunstancia, determina que sea frecuente que, en la práctica, el adherente no lea todo el contrato, lo lea, pero sin posibilidad real de comprenderlo en su cabalidad debido a la utilización de un lenguaje técnico, de difícil comprensión, o en otros casos, lo comprenda y no esté de acuerdo con su contenido, pero igualmente lo acepte por no tener otra alternativa razonable<sup>219</sup>.

De la conjunción de los dos incisos de la mencionada norma, podemos concluir que el contrato de adhesión es concebido por la legislación nacional como aquel en el cual el consumidor no puede discutir sustancialmente su contenido, descartándose que, la inserción de alguna cláusula adicional por el consumidor, lo excluya como contrato de adhesión<sup>220</sup>. Puesto que, la naturaleza de contrato de adhesión no cambia en virtud de la existencia de alguna cláusula negociada, siendo necesario que el consumidor tenga la verdadera opción de negociar en todo el contrato y no tan solo en una parte de

---

<sup>216</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 50.

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, t. VI, p. 281; RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, t. IV, p. 263.

<sup>218</sup> SZAFIR SLOTOLOW, D., «Contrato de Adhesión y Cláusulas Abusivas», *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, dir. SZAFIR SLOTOLOW, D., t. I (Montevideo: La Ley Uruguay, 2011), pp. 422-423; HOLZ BRANDUS, *Mercado y...*, p. 155.

<sup>219</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., pp. 247 y 250.

<sup>220</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, t. VI., 2a ed. (Montevideo: FCU, 2021), p. 281.

éste para que pierda su naturaleza jurídica de contrato de adhesión y sea concebido como un contrato paritario tradicional<sup>221</sup>.

En definitiva, el núcleo del concepto de contrato de adhesión es la forma de aceptación determinada por la necesidad de adherirse o no contratar, sin posibilidad de negociar o modificar sustancialmente su contenido<sup>222</sup>. El perfeccionamiento del contrato se da en el momento en que el consumidor acepta la oferta, sin tratativas preliminares ni discusiones previas entre las partes<sup>223</sup>. La autonomía de la voluntad del consumidor se encuentra debilitada o restringida únicamente a la libertad de contratar, pero con exclusión de la libertad contractual, entendida como la posibilidad de determinar el contenido negocial<sup>224</sup>. Hay una reducción de la libertad de contratar, dado que, existe un sometimiento del adherente a lo dispuesto por el oferente, sin que tenga posibilidad de negociar el contenido contractual, a tal punto que muchas veces adhiere al contrato, sin tener un conocimiento del exacto contenido contractual<sup>225</sup>.

En síntesis, podemos señalar que el concepto de contrato de adhesión brindado por nuestro legislador según alguna doctrina tiene como principales características a predisposición e imposición<sup>226</sup>. Algún otro autor agrega la generalidad<sup>227</sup>.

Se entiende que existe predisposición por cuanto el contenido contractual viene determinado o preformulado por una sola parte que dispone

---

<sup>221</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 249.

<sup>222</sup> PEREIRA CAMPOS, S. y BERDAGUER ESTRADER, J., «Estudio panorámico de la jurisprudencia sobre relaciones de consumo», Dir. S. PEREIRA CAMPOS, y D. RUEDA KRAMER, *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo* (Montevideo: FCU, 2008), p. 254; PEREIRA CAMPOS y BERDAGUER ESTRADER, *Cinco años de jurisprudencia sobre relaciones de consumo Ley N° 17.250* (Montevideo: Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales, 2006), p. 36.

<sup>223</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 247.

<sup>224</sup> BLANCO GARCÍA, A. «Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español», *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 41 (Montevideo: Universidad de la República, 2016) Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/555/817> (consultado el 27/04/2020), pp. 39-41.

<sup>225</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 248.

<sup>226</sup> BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 244.

<sup>227</sup> BLANCO GARCÍA, «Necesidad de controla...», p. 39.

el poder negocial, la imposición por cuanto el mismo sólo puede ser aceptado o rechazado en bloque por el consumidor y la generalidad, por cuanto el contrato es redactado sin considerar a un co-contratante determinado, sino para futuros adherentes indeterminados. También se ha destacado la nota de homogeneidad, en tanto el contenido del contrato se repite de forma regular y sistemática, sin cambios o variaciones, dando lugar a una estandarización de la contratación y finalmente, de inevitabilidad e imposibilidad de negociación, pues, la contratación no puede razonablemente ser evitada por el consumidor, quien tiene la necesidad de contratar el servicio o adquirir el producto, sin detentar poder de negociación respecto de las condiciones contractuales<sup>228</sup>.

Más allá de las particularidades que hemos visto que caracterizan al contrato de adhesión, corresponde recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la SCJ y tribunales en general, coinciden en que el contrato de adhesión se encuentra permitido en nuestro ordenamiento jurídico y por el hecho de presentar las notas características apuntadas no puede concluirse necesariamente que sus cláusulas son abusivas. Por el hecho ser un contrato de adhesión, no deja de ser un contrato que obliga a las partes como a la ley misma (art. 1291 CC) en tanto en el plano jurídico el consentimiento es libre, ya que el adherente está en condiciones de rechazar la propuesta. Su consentimiento es válido mientras no exista violencia y la presión social o económica carece de aptitud para afectar dicha validez<sup>229</sup>. En este sentido se ha pronunciado la SCJ en sentencias n° 11/001<sup>230</sup> y n° 363/2002<sup>231</sup> y el TAC 1° Turno en sentencias n° 284/2007<sup>232</sup> y n° 9/2011<sup>233</sup>. La validez del consentimiento no puede ponerse en tela de juicio mientras no existe abuso. El mero hecho de que el texto del contrato haya sido predispuesto por una de las partes, no implica una situación de abuso, cuando nada hace suponer la falta

---

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ, J., «Entorno al contrato de adhesión y las cláusulas abusivas», *Doctrina & Publicaciones CADE*, n° 118, 2005, pp. 9-10.

<sup>229</sup> GAMARRA SAGARRA, J., op. cit., p. 287.

<sup>230</sup> SSCJ n° 11/2001, 28 de febrero (PARGA LISTA, R).

<sup>231</sup> SSCJ n° 363/2002, 20 de diciembre (PARGA LISTA, R).

<sup>232</sup> *ADCU*, t. XXXVIII, c. 124 (Montevideo: FCU, 2008) p. 78.

<sup>233</sup> Disponible en BJJN.

de consentimiento del consumidor<sup>234</sup>. La única limitación a la validez del contrato de adhesión que la LRC impone cuando nos referimos a los contratos de adhesión celebrados entre un comerciante y un consumidor, es la limitación a la validez de ciertas cláusulas predispuestas que considera abusivas en protección al consumidor<sup>235</sup>, sancionándola con su nulidad, cuando sean abusivas porque su contenido violenta la regla general dispuesta en el art. 30 de la LRC o porque se encuentran dentro de la nómina de cláusulas reputadas abusivas en el art. 31 de la citada norma<sup>236</sup>.

## 2. Legislación española

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico nacional, en el español no encontramos una definición expresa del contrato de adhesión en el marco de las relaciones de consumo. No obstante, de las normas que regulan la materia se infiere que se conceptualiza como aquel cuyas cláusulas han sido redactadas de forma unilateral por el empresario y puestas a disposición del consumidor, quien se limita a aceptar o rechazar el contrato en conjunto, esto es, a adherirse en bloque al mismo<sup>237</sup>.

La normativa de la comunidad europea y la española apenas utilizan el término "contratos de adhesión", pues, refieren a éstos como "condiciones generales de los contratos" o "condiciones generales de la contratación". En este sentido, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, refiere al concepto de cláusula no negociada individualmente y la define en su art. 3.2 como aquella que ha sido redactada previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor. Sin embargo, la Ley nº 7/1998 del 13 de abril de 1998 sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC) que transpuso al ordenamiento jurídico español la citada Directiva, no replica el concepto de cláusula no negociada individualmente utilizado por ésta, sino que refiere a condiciones generales de

---

<sup>234</sup> STAC 1º Turno nº 284/2007, 5 de noviembre (VÁZQUEZ CRUZ, E.). En similar sentido ha sido sostenido por el TAC 5º Turno en STAC 5º nº 254/2011, 11 de mayo (VÁZQUEZ CRUZ, E.).

<sup>235</sup> MILLER ARTOLA, op. cit. p. 51.

<sup>236</sup> MILLER ARTOLA, op. cit. p. 53.

<sup>237</sup> BLANCO GARCÍA, «Necesidad de controlar...», p. 39.

contratación. Definiéndolas como el conjunto de estipulaciones o cláusulas reguladoras de materia contractual preformuladas por el estipulante, sin negociación particular, dotadas de las características de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, creadas con la vocación de regular una pluralidad de relaciones<sup>238</sup>. Esto es, es el empresario quien prerredacta las cláusulas que componen el contrato con la vocación de incorporarlas a una pluralidad de contratos del mismo tipo, simplificando las transacciones comerciales que realiza con sus clientes en su operativa habitual. De la citada norma surge que los elementos que caracterizan las condiciones generales son la contractualidad – en tanto son meras cláusulas contractuales cuya validez se fundamenta en la aceptación por el adherente-, la predisposición -han sido elaboradas de forma unilateral por el predisponente-, la imposición – en tanto el adherente no ha podido influir en su contenido, extremo que explica el control del contenido de las cláusulas generales- y la generalidad, determinada por la vocación de generalidad de las condiciones generales, que han sido redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos<sup>239</sup>.

La doctrina española ha señalado que en esta contratación por condiciones generales se produce un desdoblamiento de la libertad de contratar para el consumidor, viendo su autonomía limitada, pues conserva la libertad de contratar o no, pero no la libertad de dotar de contenido contractual a la relación que se entabla entre las partes, en tanto, no puede influir ni intervenir en determinar el contenido al contrato, sino que éste le llega predeterminado por el empresario<sup>240</sup>.

Como podemos notar, a pesar de la diferencia terminológica entre la norma comunitaria europea y la española, puede entenderse que existe cierta analogía entre los conceptos de cláusulas no negociadas individualmente y condiciones generales de contratación. Las cláusulas comparten las características de contractualidad, predisposición e imposición. La diferencia entre ambos conceptos radica en la nota de generalidad. Por cuanto, para calificar una cláusula como condición general de contratación se exige la nota

---

<sup>238</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 214.

<sup>239</sup> NIETO CAROL, op. cit., pp. 59-61.

<sup>240</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 71.

de generalidad, esto es, que las condiciones hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Extremo no exigido en la Directiva europea al hablar de cláusula no negociada individualmente, dado que, éstas pueden encontrarse en contratos predispuestos particulares elaborados para ser utilizados en un negocio en particular, sin la vocación de generalidad<sup>241</sup>.

Podemos destacar que el concepto de *cláusulas no negociadas* individualmente brindado en la citada Directiva 93/13/CEE - que refiere a aquellas cláusulas que han sido redactadas previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir el consumidor - parecería ser coincidente con el concepto de contrato de adhesión consagrado en el art. 28 de nuestra LRC o, mejor dicho, con las cláusulas que integran el contrato de adhesión. La diferencia terminológica entre la normativa europea, española y la nacional, parecería no involucrar una diferenciación conceptual de fondo, por cuanto, podría decirse que, entre los conceptos de contrato de adhesión, cláusulas no negociadas individualmente y condiciones generales, encontramos una relación del todo a la parte. Así pues, cuando nos referimos al contrato de adhesión nos estamos refiriendo a la unidad del contrato, en cambio cuando hablamos de cláusulas no negociadas individualmente o condiciones generales nos estamos refiriendo a una parte o fragmento de aquél. Debemos tener presente que, al hablar de contrato de adhesión nos encontramos ante un contrato cuyo contenido no sólo ha sido impuesto por uno de los contratantes al otro (esto es, un contrato compuesto por cláusulas no negociadas), sino que, al mismo tiempo, las condiciones generales que se imponen han sido predispuestas para una pluralidad de contratos, cumpliendo con la nota de generalidad necesaria para referirnos a éstas como condiciones generales de contratación. Entonces, podría señalarse que un contrato de adhesión es un contrato con condiciones generales de contratación, formado por cláusulas no negociadas individualmente, pudiéndose tomar dichas expresiones como equivalentes o

---

<sup>241</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación de las cláusulas abusivas», *Revista boliviana de derecho*, n° 15 (Bolivia: Fundación Iuris Tantum, 2013). Disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/41870/50-75.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 01/04/2020), p. 75.

análogas. Asimismo, todo contrato que incorpore condiciones generales será un contrato de adhesión.

No obstante, debemos puntualizar que para el Derecho español no todos los contratos con cláusulas no negociadas individualmente son contratos con condiciones generales, puesto que la normativa española admite la existencia de contratos con cláusulas particulares no negociadas individualmente, que tienen las mismas notas de predisposición e imposición de las denominadas condiciones generales, pero carecen de la nota de generalidad, pues, son contratos formados por cláusulas que han sido predispuestas por el empresario para un solo contrato y carecen de la nota de generalidad<sup>242</sup>. Estos contratos, al igual que los contratos con condiciones generales, están formados por cláusulas no negociadas que han sido impuestas al consumidor, pero con la única diferencia de que fueron redactadas para incorporarse a un contrato en particular, o a alguno de ellos, pero no para un alto número de contratos. Tal sería el caso de los contratos de seguros, que contienen cláusulas adaptadas para determinado auto o inmueble. Esta tercera figura contractual que se adiciona a la contratación tradicional y a la contratación con condiciones generales queda protegida, también, por la normativa de consumo española, en virtud de que también está formado por cláusulas no negociadas, esto es, impuestas por el proveedor al consumidor, difiriendo únicamente en la norma mediante la cual se le confiere protección<sup>243</sup>.

En el ordenamiento jurídico nacional no se ha reconocido como categoría contractual diferenciada a los contratos con condiciones no negociadas particulares, no obstante, debemos recordar que cuando la LRC define al contrato de adhesión, no pone en el foco en la generalidad, sino en la predisposición e imposición de las cláusulas. Adicionalmente, en el inciso segundo del art. 28 de la LRC se establece que: *“(...) la inclusión de cláusulas adicionales a las preestablecidas no cambia por sí misma la naturaleza del*

---

<sup>242</sup> MORALES QUINTANILLA, C., «Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas» (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2014), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=55417> (consultado el 28/05/2020), pp. 20-22. BENÍTEZ CAORSI, J. *La Revisión del Contrato* (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2008), p. 102. DÍAZ ALABART, y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 75.

<sup>243</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 70-71, 75.

*contrato de adhesión*”. Podría interpretarse que, con esta reserva legal el contrato que para la normativa española sería un contrato con cláusulas no negociadas particulares, sería considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un contrato de adhesión, por cuanto el hecho de que contenga cláusulas que no cumplen con la nota de generalidad, no lo excluiría como tal. En este sentido ha sido sostenido por MARIÑO LÓPEZ, quien distingue dentro de la clase de contratos denominada contratos de adhesión (caracterizados por la predisposición e imposición del contenido contractual de una parte sobre la otra) dos subclases, según si las cláusulas fueron estipuladas de forma uniforme para una generalidad de contratos (condiciones generales) o lo fueron para un contrato específico, pero sin permitir al adherente posibilidad alguna de negociación<sup>244</sup>.

Entonces podemos concluir que la referencia que tanto la normativa, la doctrina como la jurisprudencia española realizan a las condiciones generales o cláusulas no negociadas, puede tomarse como expresiones análogas o equivalentes al término contrato de adhesión utilizado en el ordenamiento jurídico uruguayo, en virtud de que justamente son estas condiciones las que conforman un contrato de adhesión. Con la salvedad de los contratos de adhesión celebrados en el marco de una relación de profesionales entre sí<sup>245</sup>, figura que fue contemplada en el Derecho español<sup>246</sup>, pero no en el Derecho nacional de consumo, que lo trata como contratos tradicionales celebrados entre partes iguales.

Una vez analizado el concepto del contrato de adhesión y habiendo concebido al contrato de emisión de tarjeta de crédito como un típico contrato de adhesión sometido a las normas de Derecho del consumo, nos avocaremos a introducirnos en el estudio de las disposiciones que protegen al consumidor contra la inclusión de las cláusulas abusivas en este tipo de contratos.

---

<sup>244</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas...», p. SE- 65.

<sup>245</sup> En nuestro país, la figura del contrato de adhesión se encuentra reservada para los contratos celebrados en el ámbito de una relación de consumo entablada entre el proveedor y el consumidor.

<sup>246</sup> En ambos contratos de adhesión, la normativa española exige que las condiciones generales formen parte del contrato sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, clara, concreta y sencilla. Adicionalmente, cuando se trate de condiciones generales de un contrato de consumo, se exige, además, que no sean abusivas, extremo no exigido cuando se trata de contratos celebrados entre profesionales.



## **Capítulo segundo: Modelos de sistema de control y prohibición de cláusulas abusivas**

### **I. Modelos existentes**

Podemos encontrar en el mundo tres tipos de sistemas normativos sobre la prohibición de cláusulas abusivas. Por un lado, en los sistemas de norma abierta, se consagra una definición con pautas de carácter general que determinan los elementos que caracterizan una cláusula como abusiva, estableciendo la prohibición de las cláusulas que queden comprendidas en dicho concepto. Por otro lado, tenemos los sistemas normativos que optan por efectuar una enumeración taxativa de cláusulas prohibidas por ser abusivas, confeccionando las denominadas “lista negra” y bien, finalmente, hay legislaciones que optan por crear un sistema mixto, en el cual se establece una fórmula abierta o general de lo que se concibe como cláusulas abusivas, acompañada de una lista -meramente indicativa- de cláusulas expresamente prohibidas por abusivas. A estas listas de cláusulas prohibidas, en algunos casos se le adiciona un conjunto de cláusulas que se presumen abusivas – las denominadas “listas grises”-, pero que admiten prueba en contrario para destruir dicha presunción de abusividad<sup>247</sup>.

La técnica utilizada por los sistemas de cláusulas abiertas tiene la ventaja de instaurar un sistema más flexible. Su amplitud genera una red de contención que permite al intérprete o aplicador del derecho contrastar las cláusulas contractuales que puedan aparecer en un futuro, con las características brindadas por la norma, a los efectos de determinar su eventual abusividad. Asimismo, esta flexibilidad, puede tener un efecto disuasivo en la parte que redacta el contenido de los contratos de adhesión, por cuanto, siempre existirá el riesgo potencial de que las cláusulas sean analizadas por un juez, o la autoridad de control respectiva, declarando su invalidez por ser calificadas como abusivas. Por tanto, es posible que se genere en el

---

<sup>247</sup> NICOLAU, N., y STIGLITZ, R., «Cláusulas abusivas», *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, dir. SZAFIR SLOTOLOW, t. II (Montevideo: La Ley Uruguay, 2011), p. 836; DE CORES HELGUERA, *Introducción al derecho...*, p. 221.

predisponente, una inclinación a desechar las cláusulas que podrían declararse abusivas determinado un contenido contractual más equilibrado<sup>248</sup>.

Por otro lado, los sistemas de listas de cláusulas prohibidas tienen como gran ventaja la facilidad de su aplicación, por cuanto bastará al predisponente conocer el listado de cláusulas que debe evitar, para asegurarse de que el contrato de adhesión que redacta no estará formado por cláusulas abusivas. Sin embargo, se genera el riesgo de que existan lagunas en el Derecho. Esto es, que el legislador no haya previsto en dichas listas, cláusulas que determinan un resultado abusivo similar o análogo a las que se encuentran expresamente prohibidas y que, entonces, no quedarían alcanzadas por la prohibición<sup>249</sup>. Es claro que siempre la realidad supera al Derecho, por tanto, es prácticamente imposible agotar la enumeración de cláusulas abusivas, pues siempre aparecerán nuevas cláusulas, variaciones o cláusulas solapadas que determinen un contenido abusivo análogo al de otras cláusulas que se encuentran expresamente prohibidas.

Finalmente, sobre los sistemas de prohibición de cláusulas abusivas mixtos, podemos señalar que tienen la gran ventaja de consagrar una disposición legal amplia que opera como una red de protección, impidiendo que las cláusulas no incluidas expresamente en la lista de cláusulas prohibidas queden exentas de control por la autoridad competente, extremo que permitiría evitar un eventual resultado abusivo análogo al de las cláusulas expresamente prohibidas<sup>250</sup>.

Además de los diversos sistemas normativos de prohibición de cláusulas abusivas analizados, podemos afirmar, que existen en el Derecho Comparado básicamente dos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión. Por un lado, tenemos aquellos sistemas que prevén un control abstracto de los contratos de adhesión efectuado en vía administrativa y por otro, aquellos que prevén un control concreto en vía jurisdiccional<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> NICOLAU y STIGLITZ., op. cit., p. 836.

<sup>249</sup> NICOLAU y STIGLITZ, op. cit., p. 837.

<sup>250</sup> NICOLAU y STIGLITZ, op. cit., p. 839.

<sup>251</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», p. SE-66.

En los sistemas de control abstracto de los contratos de adhesión, se consagra la exigencia legal de una previa autorización estatal de dichos contratos por la autoridad competente, que controla el contenido de las condiciones generales de los contratos, con la finalidad de evitar que se utilicen condiciones generales abusivas en estos . Este tipo de sistema es el consagrado, a vía de ejemplo, en la Ley alemana de 1976<sup>252</sup> en la que se exige que los contratos con condiciones generales sean sometidos a un control previo de cumplimiento de la buena fe y buenas costumbres, a los efectos de obtener su aprobación<sup>253</sup>. Este control abstracto y previo, complementa el control judicial de las condiciones generales también previsto en la norma.

Asimismo, en el sistema de Reino Unido se ha previsto un control judicial contra las cláusulas abusivas y un mecanismo de control administrativo preventivo. Con este último se busca informar a los consumidores y dar a conocer a los proveedores cuáles son las cláusulas calificadas abusivas, con el objetivo de que se abstengan de utilizarlas, de forma voluntaria, mediante la abstención espontánea del proveedor<sup>254</sup>. Si bien el órgano administrativo que ejerce el control de carácter preventivo carece de toda potestad sancionatoria, tiene competencia para recabar información mediante un procedimiento de sucesivas consultas tendientes a lograr que el proveedor cese en el uso de cláusulas abusivas. Si el proveedor no accede a dicha petición, entonces la administración podrá recabar una orden judicial de cesación. No obstante, la práctica demuestra que no son muchos los casos que llegan a los tribunales, pues el proveedor es advertido de la utilización de cláusulas abusivas y de las posibles consecuencias que puede llevar consigo, ofreciéndose la posibilidad de proceder a su corrección<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato (AGBG) de 9 de diciembre de 1976.

<sup>253</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 249

<sup>254</sup> MORALES ORTIZ, M.E., «El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas», *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n° 154, 2019, p. 182. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332019000100171](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332019000100171) (consultado el 12/04/2022).

<sup>255</sup> SÁNCHEZ VENTURA, I., «Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas España e Inglaterra», *Revista de Derecho Civil*, v. 5, n° 2 (2018), ISSN 2341-2216 <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/331/268> (consultado el 29/01/2023), p. 264.

Por otro lado, en los sistemas de control concreto de la utilización de cláusulas abusivas se prevé un control judicial a posteriori, que se efectúa en vía judicial previa denuncia del consumidor, mediante el cual el Juez deberá analizar y constatar si el contrato objeto de análisis tiene las cláusulas abusivas denunciadas por el consumidor. En caso de considerarse que el contrato tiene cláusulas abusivas, se procede a declarar la nulidad de dichas cláusulas mediante una sentencia que tendrá efecto únicamente para el caso concreto.

Este sistema de control judicial concreto sobre el contenido de las condiciones generales de los contratos de adhesión es el que mayor difusión ha tenido en el Derecho extranjero y es el que se normalmente establecen las legislaciones de Derecho de consumo<sup>256</sup>. Sin embargo, este sistema tiene la gran desventaja de que, aunque se haya dictado una sentencia que declare la nulidad de determinadas cláusulas utilizadas en el contrato de adhesión, el proveedor podrá continuar utilizando este mismo contrato con estas cláusulas que han sido declaradas abusivas para un caso, en la contratación con sus restantes clientes, pues, la sentencia no impone una condena de inutilización futura de dicha cláusula<sup>257</sup>. Esto es así, por cuanto el proceso judicial mediante el cual el consumidor puede hacer valer su derecho a solicitar la declaración de nulidad de una cláusula abusiva inserta en un contrato de adhesión es una acción individual que culminará con una sentencia que tendrá cosa juzgada únicamente para dicho caso. Es decir, no se prevé una sentencia de declaración de nulidad con efecto *erga omnes*, o un efecto de cosa juzgada extensiva a una determinada clase de consumidores. Extremo que dificulta el control sobre la frecuente utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Asimismo, este sistema de control concreto tiene la desventaja de que no crea en el proveedor predisponente un riesgo significativo en la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que se celebren. Por cuanto, el mayor riesgo al que se enfrenta el empresario es que algún consumidor utilice su acción individual solicitando judicialmente la declaración

---

<sup>256</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la legislación argentina, brasileña y paraguaya. MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», p. SE-66 y SE-68.

<sup>257</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 250.

de abusividad de una cláusula contractual y en caso de que se obtenga una sentencia favorable, se declare la nulidad de la cláusula por abusiva en el contrato de adhesión celebrado con ese consumidor. Sin embargo, no corre el riesgo de recibir una condena de inutilización de dicha cláusula en el futuro para los demás contratos de adhesión que haya celebrado o celebre en un futuro con otros consumidores<sup>258</sup>.

No obstante, es importante destacar que algunas legislaciones extranjeras<sup>259</sup> han previsto, además de las acciones individuales, las denominadas acciones colectivas o de clase, mediante las cuales puede ejercerse la defensa de los derechos e intereses de los consumidores. Este tipo de acciones colectivas son una herramienta que permite superar los principales aspectos que disuaden al consumidor en el inicio individual de procesos judiciales en materia de consumo. Como pueden ser la desigualdad de recursos económicos entre los consumidores y empresas y la escasa cuantía económica de los litigios en esta materia, que provoca la sensación de que el coste económico y personal de los procesos judiciales para el consumidor no compensará el monto que eventualmente podría obtener en caso de resultar ganancioso<sup>260</sup>. En este tipo de acciones, la ley legitima en forma expresa para promover procesos colectivos a determinadas organizaciones privadas, como las asociaciones de consumidores, o públicas, el Ministerio Fiscal, o en el caso de la legislación española a la Agencia Española de Consumo Seguridad Alimentaria y Nutrición. Previéndose que la sentencia a dictarse produzca efecto de cosa juzgada no solo para las partes del proceso, sino respecto de todos los consumidores que se hayan visto afectados por el hecho dañoso que motivó el ejercicio de la acción. De esta forma, se resuelve en un solo litigio, controversias que afectan a un número elevado de consumidores<sup>261</sup>. En similar sentido, los procesos colectivos se presentan como una efectiva herramienta de control, generando desincentivos para las empresas que pudieren llegar a

---

<sup>258</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», p. SE-66.

<sup>259</sup> Puede destacarse a vía de ejemplo, la legislación de Chile (modificación introducida por la Ley N° 19.955 a la Ley N° 19.496 Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores) y España (LCGC y TRLGDU).

<sup>260</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores», *Manual de Derecho de consumo*, DÍAZ ALABART, y ÁLVAREZ MORENO (Madrid: Reus, 2006), p. 300.

<sup>261</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 300-301, 314.

considerar rentable el pago de las multas y posibles indemnizaciones individuales derivadas de la realización de malas prácticas en infracción a las normas de consumo<sup>262</sup>.

Por otro lado, en algunas legislaciones se consagra un sistema de control concreto en los que, además, el empresario no solo corre el riesgo de que se declare abusiva una cláusula inserta en un contrato de adhesión en un proceso individual o colectivo, sino que corre el riesgo de verse afectado por una sentencia de condena a la inutilización de dicha cláusula en el futuro, para los demás contratos de adhesión que celebre con los consumidores. Tal es el caso de la legislación española que en el art. 12 de la LCGC del 13 de abril de 1998 prevé la acción de cesación, que podrá iniciarse contra las condiciones generales contrarias a lo dispuesto en dicha ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, permitiendo la obtención de una sentencia condenatoria que declare nula alguna de las cláusulas de las condiciones generales, obligando al demandado a eliminar dicha cláusula de las condiciones generales y a abstenerse de utilizarlas en el futuro. En el mismo sentido se prevé esta acción de cesación en los arts. 53 y 54 del TRLGDCU, cuya finalidad es obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta norma y a prohibir su reiteración futura, siendo aplicable a las conductas contrarias a lo dispuesto en la norma en materia de cláusulas abusivas. Pudiendo acumularse esta acción, a la acción de nulidad para declarar abusiva una cláusula<sup>263</sup> y como pretensión accesoria, con la solicitud de devolución de las cantidades que se hayan cobrado en virtud de las cláusulas a las que refiera la sentencia y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por dichas cláusulas<sup>264</sup>.

Finalmente, corresponde señalar que en las legislaciones extranjeras encontramos básicamente dos grandes grupos de sistemas de control del contenido de la contratación. Uno de ellos reserva su intervención a la contratación en las que una de las partes carece de libertad contractual, esto

---

<sup>262</sup> LORENZINI BARRÍA, J., «Las lecciones del fallo Sernac con Cencosud», *LJU*, t. 148 (Montevideo: La Ley, 2014), p. Jint-9.

<sup>263</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 304-305.

<sup>264</sup> Según sentencia de la AP de Barcelona del 29 de marzo de 2005 (MORENO LISO, op. cit., p. 56).

es a los contratos con condiciones generales de contratación o contratos de adhesión, como es el caso seguido en Alemania, Portugal, Reino Unido mediante sus leyes de condiciones generales. Por otro lado, tenemos los sistemas que sólo someten al control de contenido a aquellos contratos que se celebran en el marco de una relación en la que participan contratantes merecedores de protección – consumidores- como es el sistema seguido en Francia, España, determinadas Directivas comunitarias y Uruguay, cuyas leyes reservan la aplicación del control a los contratos celebrados únicamente con consumidores<sup>265</sup>.

## **II. Sistema de prohibición y control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho español**

### **A. La Directiva europea 91/13/CEE**

Previamente a ingresar al estudio del modelo de prohibición y control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho español, debemos estudiar las disposiciones del Derecho comunitario aplicables a la materia. La norma madre en el sistema de control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho español, es la Directiva europea 91/13/CEE. Esta norma ha sido promulgada el 05 de abril de 1993 marcando un hito importante en la política de defensa del consumidor, por cuanto ha venido a consagrar un importante instrumento legal para garantizar la tutela de los derechos de los consumidores frente a las cláusulas abusivas en el ámbito comunitario europeo. Esta norma a pesar de tener casi 20 años de promulgada continúa siendo la norma vigente en la materia, con diversas modificaciones establecidas por la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, DOUE L 137, de 4 de junio de 2015 que corrige errores de la Directiva 91/13/CEE y la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019.

La Directiva ha sido dictada bajo la consideración de que las legislaciones de los diversos Estados miembros de la comunidad europea que regulaban las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

---

<sup>265</sup> NIETO CAROL, op. cit., p. 56.

consumidores presentaban diferencias considerables que hacían necesaria la búsqueda de una armonización de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, para lograr una protección más eficaz del consumidor. En búsqueda de dicha armonización normativa, la Directiva establece un sistema mixto, en el cual se establece una fórmula abierta o general de lo que se concibe como cláusulas abusivas, acompañada de una lista abierta -meramente indicativa- de 17 tipos de cláusulas que presentan claros indicios de abusividad. Estas cláusulas incluidas en la lista lo son a modo enunciativo y ejemplificativo, por tanto, por un lado, dichas cláusulas no serán necesariamente abusivas en todos los casos y por otro, la no aparición en ese listado no determina que una cláusula no pueda ser declarada abusiva a la luz de las disposiciones generales. En similar sentido, el listado incorporado en la Directiva no excluye la posibilidad de que los Estados miembros de la Unión Europea puedan mediante su legislación nacional, realizar añadidos, formulaciones más restrictivas o modificaciones respecto al alcance de dichas cláusulas consideradas abusivas<sup>266</sup>. Estableciéndose, entonces, en la citada Directiva una protección base respecto a las cláusulas abusivas en la citada Directiva, pero resguardando la discrecionalidad de los Estados miembros para garantizar una protección más elevada al consumidor, mediante disposiciones nacionales más estrictas que las consagradas en la norma comunitaria<sup>267</sup>.

Podríamos decir que esta Directiva tiene dos grandes ventajas fundamentales: su carácter horizontal y su rasgo de protección mínima. La vocación de generalidad o carácter horizontal de la norma es el rasgo que permite su aplicación e influencia en el Derecho Contractual en general, con independencia de la materia u objeto sobre los cuales versen los contratos, siendo aplicable siempre que se trate de contratos celebrados mediante condiciones generales<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> ANAYA LLATANCE, A., *Las cláusulas abusivas en la jurisprudencia española* (Madrid: Universidad de Alcalá, 2020). Disponible en: [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46169/TFM\\_Anaya\\_LLatance\\_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46169/TFM_Anaya_LLatance_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (descargado el 31/01/2023), p. 21.

<sup>267</sup> Considerandos de la Directiva 91/13/CEE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>.

<sup>268</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 72.

Por otro lado, el carácter de protección mínima con la habilitación a los Estados miembros de la Unión Europea para que puedan dictar normas que garanticen un mayor nivel de protección al consumidor, es el que ha permitido que los diversos Estados hayan optado por consagrar una protección más elevada, coexistiendo dentro de la Unión tantas legislaciones nacionales diferentes de protección a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, como Estados miembros<sup>269</sup>. Algunos Estados han optado por establecer una normativa sobre condiciones generales aplicable tanto si el adherente del contrato es un consumidor o un profesional -autónomo, pequeña o mediana empresa-, como lo hizo Alemania y en cambio otros han consagrado una regulación exclusiva de protección frente a las cláusulas abusivas para los contratos celebrados con consumidores, como se ha hecho en el Derecho francés y en el español<sup>270</sup>. En tanto, en el régimen español, condiciones generales y cláusulas abusivas no son términos sinónimos, sino que refieren a diversos campos de aplicación subjetiva. Pues, las condiciones generales pueden darse en las relaciones entre profesionales o en las relaciones entre profesionales y consumidores, sin embargo, cuando nos referimos al concepto de cláusula abusiva, circunscribimos el término a la relación profesional-consumidor en la que se hayan celebrado contratos con condiciones generales o con cláusulas predispuestas para un contrato individual<sup>271</sup>. La condición primordial para referirnos a cláusulas abusivas en el Derecho español es la predisposición de las cláusulas, sean o no condiciones generales<sup>272</sup>.

Respecto al método de transposición de la citada Directiva al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro de la Comunidad Europea, debe destacarse que no existe un mandato uniforme expreso, sino que el Tratado de la Comunidad Europea en su art. 189 dispone que la Directiva obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En relación con la Directiva 91/13/CEE puede destacarse la elección de tres

---

<sup>269</sup> BLANCO GARCÍA., «Los 20 años de regulación...», p. 67.

<sup>270</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 72.

<sup>271</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 50.

<sup>272</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 57

métodos de transposición: *i*- trasposición literal de la Directiva -opción utilizada por Reino Unido-; *ii*- modificación del Código Civil existente y posterior desarrollo en una ley más concreta -opción italiana; y *iii*- elaboración de una ley especial que desarrolle algún aspecto normativo pendiente e incorpore la Directiva, con las correspondientes modificaciones de otras leyes generales que se vean afectadas – opción utilizada por el ordenamiento jurídico español-<sup>273</sup>.

Finalmente, respecto al modelo de control sobre la prohibición de incorporación de cláusulas abusivas, puede destacarse que la Directiva europea dejó discrecionalidad a la legislación nacional de cada Estado miembro para optar por un modelo de control administrativo o judicial.

## **B. Modelo español**

En el marco normativo comunitario que venimos analizando, corresponde destacar que el Derecho español ha optado por establecer un sistema de prohibición de cláusulas abusivas caracterizado por una regulación bipartita - mediante la cual se consagra dos niveles de protección y un sistema de control judicial concreto para la determinación del carácter abusivo de las cláusulas insertas en los contratos celebrados con consumidores<sup>274</sup>.

La regulación bipartita ha sido consagrada siguiendo el modelo francés, caracterizado por consagrar una regulación exclusiva para los contratos con condiciones generales que se celebren con consumidores y otra regulación aplicable para los contratos con condiciones generales cuyos adherentes son profesionales autónomos, pequeñas o medianas empresas. Por tanto, el ámbito subjetivo del contrato con condiciones generales celebrado, esto es, la calidad del adherente es el elemento determinante para individualizar la

---

<sup>273</sup> CALERO OLMO, J.B., «La protección europea contra las cláusulas abusivas. Directiva 93/13/CEE y su integración en el marco regulatorio español». *Estudios Institucionales*, v. 7, nº 12. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/EEII/article/view/27334> (consultado el 04/06/2022), p. 225.

<sup>274</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación...», p. 72.

normativa de protección contra las cláusulas abusivas aplicable a dicho contrato<sup>275</sup>.

Siguiendo este modelo, la normativa española ha regulado la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales mediante dos normas. Por un lado, mediante la LCGC del 13 de abril de 1998 que traslada al régimen español las disposiciones de la Directiva 91/13/CEE (5/4/1993) se consagra una protección aplicable a los contratos cuyos adherentes sean tanto personas físicas profesionales o consumidoras o personas jurídicas<sup>276</sup>; y por otro lado, mediante el TRLGDCU se ha regulado la protección contra las cláusulas abusivas insertas en los contratos de consumo, esto es, en los contratos celebrados entre un empresario - profesional y un consumidor adherente.

Resulta entonces que el ordenamiento jurídico español determina cuatro niveles de protección según el tipo de contrato y la calidad de las partes contratantes, distinguiendo las siguientes situaciones: *a-* en la contratación ordinaria entre particulares o empresarios, el contrato será regulado por el Código Civil (en adelante CCE) y las normas especiales que regulen el tipo contractual de que se trate; *b-* en los contratos con condiciones generales celebrados entre el empresario y un adherente pequeño y mediano empresario (impuesto por las grandes empresas) se aplicará la LCGC y las reglas generales del CCE en todo lo no previsto; *c-* en los contratos con condiciones generales celebrados entre el empresario y un consumidor adherente, se aplicarán simultáneamente la LCGC con la protección común para todo adherente de condiciones generales y el TRLGDCU que contiene una protección específica cuando la parte adherente del contrato sea un consumidor; y *d-* en los contratos con cláusulas no negociadas o condiciones particulares (redactados por el empresario pero sin la vocación de generalidad) celebrados con un consumidor adherente, se aplicará la protección consagrada en el TRLGDCU y subsidiariamente las reglas del CCE en lo no previsto<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 73.

<sup>276</sup> NIETO CAROL, op. cit., p. 62.

<sup>277</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 73.

## **1. Ámbito en el que rige la prohibición de las cláusulas abusivas**

Si bien, como vimos, en el ordenamiento jurídico español puede hablarse de contratos de adhesión no sólo en el seno de las relaciones de consumo entre proveedor y consumidor, sino también en las relaciones de profesionales entre sí<sup>278</sup>, la prohibición sobre cláusulas abusivas no rige en ambos casos. La normativa española exige en ambos contratos de adhesión que las condiciones generales que formen parte del contrato sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas por el cocontratante y que se redacten de forma transparente, clara, concreta y sencilla. Adicionalmente, cuando se trate de condiciones generales de un contrato de consumo, se exige, además, que no sean abusivas, extremo no exigido cuando se trata de contratos celebrados entre profesionales.

Entonces, si bien el ámbito del contrato de adhesión no está ceñido al ámbito de las relaciones de consumo, recordemos que sí lo está el concepto de cláusula abusiva, que tiene su ámbito reservado a las relaciones entre el predisponente y el consumidor<sup>279</sup>. Por tanto, para que una cláusula pueda ser catalogada como abusiva, debe tratarse de una cláusula no negociada individualmente por las partes incorporada a un contrato de consumo, aunque a diferencia del ordenamiento jurídico nacional, alcanzaría también su prohibición en los contratos con condiciones generales particulares, esto es, , en aquellos contratos elaborados en forma unilateral por el predisponente, pero para ser utilizado en un caso en particular(sin vocación de uso general).

## **2. Sistema de prohibición**

A los efectos de determinar que el contenido de las condiciones generales no haya provocado un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, se establece un sistema de prohibición mixto, compuesto por un concepto o regla general con indicaciones concretas respecto a qué debe

---

<sup>278</sup> En nuestro país, la figura del contrato de adhesión se encuentra reservada para los contratos celebrados en el ámbito de una relación de consumo entablada entre el proveedor y el consumidor.

<sup>279</sup> Exposición de motivos LCGC. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789> (consultado el 15/05/2020). URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 161.

considerarse como cláusula abusiva y una “lista negra” enunciativa de cláusulas que se consideran abusivas. Ambos elementos se complementan de forma tal que el concepto general de cláusula abusiva opera como norma de cierre o concepto red, que permite ampliar el campo de la abusividad fuera de las cláusulas abusivas expresamente enumeradas por el legislador en la norma<sup>280</sup>.

El concepto de qué se considera como cláusulas abusivas se encuentra establecido en los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, el art. 82 del TRLGDCU y el art. 8 de la LCGC, en los cuales se exige la concurrencia de los siguientes requisitos para determinar la abusividad de una cláusula: *i-* que sea una condición general de contratación, *ii-* que sea una cláusula contraria a la exigencia de buena fe objetiva, *iii-* que provoque un desequilibrio normativo entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, tanto en su fase genética como de ejecución, *iv-* que sea en perjuicio del consumidor y *v-* de importante entidad<sup>281</sup>.

La normativa citada consagra dos criterios de apreciación para determinar si nos encontramos ante una cláusula abusiva: la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones. La norma parecería exigir el concurso de ambos criterios.

La buena fe a la que alude la normativa citada no es la buena fe subjetiva, por tanto, no es necesario que el proveedor revele una conducta dolosa o culposa en la predisposición contractual para que la cláusula sea considerada abusiva<sup>282</sup>. Las normas refieren a la contrariedad de la buena fe objetiva, entendida como el modelo de conducta debido en las relaciones contractuales, caracterizado por una mutua relación de confianza y un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico,

---

<sup>280</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 82, 86.

<sup>281</sup> RINCÓN ANDREU, G., «Cláusulas abusivas en contratación bancaria: doble control de transparencia en España y la Unión Europea», *Novum Jus*, v. 13, n° 2 (2019). Disponible en: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/2277/2612> (consultado el 02/05/2020), pp. 112-1113; DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 84.

<sup>282</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto c-415/11)», *Revista Cescode Derecho de Consumo*, n° 5/2013. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/256> (consultado el 26/11/2022), p. 39.

rechazándose un aprovechamiento de la situación de superioridad del predisponente<sup>283</sup>. En el ámbito de la contratación bancaria, un comportamiento regido por la buena fe objetiva refiere a una conducta diligente y honesta, atento con los cuidados profesionales que merece la relación de consumo, extremo que ha sido elevado a la categoría de principio o cláusula general en el art. 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en redacción dada por el art. 1.4 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre<sup>284</sup>. La exigencia de buena fe del proveedor predisponente implica un tratamiento leal y equitativo con los intereses legítimos del consumidor y su confianza legítima en que el contrato es adecuado para obtener el fin previsto con su celebración. En ese punto es donde las normas de transparencia permiten colaborar en la definición de que es lo que se entiende por buena fe en ese ámbito bancario<sup>285</sup>. Nos brinda un parámetro de validez en las cláusulas predispuestas, pues, su carácter de tal nos obliga a revisar si la cláusula ha sido diseñada por el proveedor de forma ilícita (contrariando la buena fe) satisfaciendo exclusivamente su interés, sin tener en cuenta los intereses del consumidor y su legítima confianza en que el contenido de las cláusulas no afectará las reglas básicas de la regulación legal ni pondrá en peligro la finalidad del contrato<sup>286</sup>.

Adicionalmente, se refiere al efecto que debe causar una cláusula para ser considerada abusiva, provocando un desequilibrio importante o significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del cual se deriva un perjuicio desproporcionado para los intereses del consumidor<sup>287</sup>, inclinando la balanza hacia el lado del predisponente del contrato, en contravención con el principio de reciprocidad que rige el Derecho contractual<sup>288</sup>. Este desequilibrio alude a un desequilibrio normativo o estructural entre los derechos y obligaciones de

---

<sup>283</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 162.

<sup>284</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 162.

<sup>285</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 49.

<sup>286</sup> MARÍN LÓPEZ, op. cit, pp. 38- 39.

<sup>287</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación...», op. cit., p. 82.

<sup>288</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 161.

las partes<sup>289</sup>, no a un desequilibrio económico entre las prestaciones de cada parte, por tanto, no corresponde ingresar a analizar el contenido económico del contrato, esto es, la equivalencia entre objeto y precio y si el precio pactado es justo o no<sup>290</sup>. Para determinar si nos encontramos ante un desequilibrio importante debe compararse los derechos y obligaciones plasmados en el contrato predispuesto, con los que resultan del derecho dispositivo aplicable si no existieran las cláusulas predispuestas, incurriendo en tal desequilibrio cuando éstos se separan de manera importante del derecho dispositivo en perjuicio del consumidor<sup>291</sup>. El apartamiento sin justificación de las normas de derecho positivo vigente, así como la circunstancia de desvirtuar el contenido del contrato al punto de que se aparte del fin perseguido por el consumidor, son elementos que, sin dudas, determinan la abusividad de una cláusula<sup>292</sup>.

A los efectos de determinar la existencia de abusividad en las cláusulas predispuestas deberá analizarse caso caso en el sector de contratación concreto al que pertenece las cláusulas predispuestas analizadas, recobrando gran importancia la interpretación jurisprudencial de la normativa citada<sup>293</sup>.

Este control de abusividad deberá realizarse analizando el contrato de forma retrospectiva, retro trayéndose al momento de la celebración del contrato con las circunstancias que lo acompañen, considerando igualmente las demás cláusulas del contrato, los contratos vinculados o complementarios del contrato en análisis y considerándose la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato<sup>294</sup>.

De forma complementaria al concepto general de cláusula abusiva consagrado en la normativa citada, se incluye un listado enunciativo de cláusulas prohibidas (art. 82.4 TRLGDCU) mediante el cual se prevén 6 tipos o clases de cláusulas abusivas, según los motivos principales que las convierten en nulas, por afectar la vinculación del contrato a la voluntad del empresario, la

---

<sup>289</sup> URIARTE CASTILLO, id ibid.

<sup>290</sup> DE CORES HELGUERA, *Introducción al derecho...*, p. 212.

<sup>291</sup> MARÍN LÓPEZ, op. cit., p. 38.

<sup>292</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 59.

<sup>293</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 59.

<sup>294</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 84-85; URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 161.

limitación de los derechos del consumidor y usuario, la falta de reciprocidad en el contrato, a las garantías, a la proporcionalidad de las cláusulas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, la debida imposición de la carga de la prueba, por resultar desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravenir las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Para cada uno de estos tipos de cláusulas abusivas mencionadas, la citada norma en sus arts. 85 a 90 efectúa una enumeración en la que se prevén cláusulas específicas que se consideran abusivas por afectar los diversos tipos de cimientos contractuales recién mencionados, que se busca proteger.

Las cláusulas listadas son consideradas como las cláusulas abusivas más frecuentes en los contratos de adhesión, pero claramente no se trata de un elenco exhaustivo sino enunciativo, que no agota el elenco de cláusulas que al amparo de la definición legal son consideradas abusivas, pues, sería tan extenso como lo permita la creatividad humana. Asimismo, corresponde destacar que se trata de una “lista negra” de cláusulas abusivas, esto es, de cláusulas que siempre que se incluyan en el contrato de adhesión deberán ser declaradas abusivas por el Juez competente, no admitiendo prueba en contrario.

Esta combinación de una definición genérica de cláusula abusiva complementada con un listado de cláusulas que se consideran abusivas conforma un sistema mixto que simplifica la tarea de análisis de la abusividad y transforma al sistema instaurado en un sistema de control muy útil y completo, que huye de la rigidez que significaría un sistema que sólo contenga una definición general de cláusula abusiva, o únicamente un listado de cláusulas que se consideran abusivas, superando las limitaciones que en dicho caso tendría el sistema<sup>295</sup>. Sin embargo, la doctrina española ha criticado la opción que se ha efectuado en la norma española -TRLGDCU- de agregar un listado “negro” en un sistema abierto de enumeración ejemplificativa, pues en el terreno puramente práctico, tener un listado abierto asegura -a priori- no incurrir en ninguna injusticia. Siempre podrá analizarse la eventual abusividad de una cláusula en base al precepto general, pero tener un listado “negro” puede

---

<sup>295</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 86.

encerrar alguna injusticia, por considerar que una cláusula es abusiva -por estar incorporada en dicha lista "negra"- cuando atendiendo a la realidad del contrato y fondo no debería ser así considerada<sup>296</sup>.

### **3. Sistema de control sobre las cláusulas abusivas**

A los efectos de controlar la prohibición de la utilización de cláusulas abusivas en las condiciones generales de contratación, el Derecho español ha previsto un sistema de doble control<sup>297</sup>. Por un lado, se establece un control de inclusión o incorporación en los arts. 5 y 6 de la LCGC y el art. 80 del TRLGDCU, consagrado como un control primario dirigido a garantizar la accesibilidad y cognoscibilidad de las condiciones generales del sujeto adherente y, por otro, se establece un control de contenido en el apartado 1 del art. 82 del TRLGDCU, como un segundo control que implica ingresar en el análisis del sentido de las cláusulas a los efectos de determinar su eventual abusividad.

El control de incorporación consiste en el sometimiento de las condiciones generales de contratación a un control respecto al cumplimiento de determinadas exigencias de carácter formal que se deben cumplir a fin de que dichas condiciones se incorporen válidamente a un contrato, con independencia de si el adherente de éste es o no un consumidor. Por tanto, los contratos con condiciones generales celebrados tanto en las relaciones de profesionales entre sí, como los celebrados entre los profesionales y los consumidores deberán someterse a dicho control. No obstante, el control de contenido sólo será aplicable a los contratos de adhesión (o los contratos con condiciones generales o predispuestas) celebrado con consumidores<sup>298</sup>.

Antes de ingresar en el análisis de cada tipo de control, debemos realizar algunas precisiones previas.

---

<sup>296</sup> ANAYA LLATANCE, op. cit., p. 22.

<sup>297</sup> Decimos en principio pues, la situación difiere un poco para las cláusulas que refieren a las prestaciones principales de las partes en el contrato, como veremos.

<sup>298</sup> TRAVESEDO DE CASTILLA, M.D.P., *La Directiva 93/13/CEE. Interpretación jurisprudencial. Tribunal de Justicia de la Unión Europea versus Tribunal Supremo*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid 2021). Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Mptravesedo/TRAVESEDO\\_DE\\_CASTILLA\\_Maria\\_Pilar\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Mptravesedo/TRAVESEDO_DE_CASTILLA_Maria_Pilar_Tesis.pdf) (consultado el 10/04/2022), p. 44.

Por un lado, hay dos tipos de cláusulas que quedan excluidas respecto a estos controles: *a-* las cláusulas declarativas, considerándose como tal las cláusulas contractuales que reflejan las disposiciones legales imperativas o reglamentarias de cada Estado y las normas de Convenios Internacionales en los que el Estado sea parte, en tanto gozan de una presunción de no abusividad; y *b-* las cláusulas por razón de materia, aplicable a los contratos de transporte, los relativos a derechos de sucesión o estatuto familiar, los contratos administrativos y los constitutivos o reglamentarios de sociedades<sup>299</sup>.

Es importante destacar, asimismo, que el sistema de prohibición y control consagrado en la normativa española respecto a la abusividad de las condiciones generales incluye también a las prácticas comerciales no consentidas expresamente por el consumidor. En este sentido, las prácticas desleales de las empresas en la relación de consumo, entendidas como actos, omisiones, o manifestaciones contrarias a la diligencia profesional, quedan integradas en el concepto de cláusulas abusivas<sup>300</sup>.

En nuestro país, sin embargo, la LRC regula las prácticas abusivas en la oferta en un artículo separado al capítulo dedicado a la regulación de las cláusulas abusivas (art. 22) y su concepto es diferente e independiente del de las cláusulas abusivas. En efecto, la utilización de prácticas abusivas por el empresario está sujeta a consecuencias jurídicas diversas respecto a las consecuencias jurídicas de la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Como estudiaremos en el apartado correspondiente de este trabajo, la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión da derecho al consumidor a exigir su nulidad en un proceso judicial, pudiendo el juez integrar el contrato (art. 31 de la LRC). Sin embargo, no se prevé tal consecuencia para el caso de incursión en prácticas abusivas. En estos casos, el incumplimiento del proveedor con lo dispuesto en el art. 22 de la norma citada, podría hacerlo incurrir en responsabilidad administrativa, quedando sometido a la potestad sancionatoria de la Unidad Defensa del Consumidor (en adelante UDECO) de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 43 a 50 de la LRC o

---

<sup>299</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 75 -76.

<sup>300</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 83.

del Organismo de contralor sectorial competente<sup>301</sup>. No obstante, las prácticas abusivas no hacen nacer en el consumidor el derecho de solicitar su declaración de nulidad.

Retomando las características del modelo español, corresponde señalar que la definición del objeto principal del contrato, al igual que la adecuación entre el precio o retribución y el bien o servicio quedan fuera del objeto del control de contenido del contrato para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. La exclusión de este primer tipo de cláusulas tiene su fundamento en que existe autodeterminación de ambas partes sobre el objeto principal del contrato, esto es, por ser elementos fundamentales del contrato forman parte de los elementos que el consumidor analiza al momento de tomar la determinación para contratar. Por otra parte, la exclusión referente a la adecuación entre las cláusulas del precio o retribución y el bien o servicio tiene su fundamento en la imposibilidad de controlar el equilibrio económico del contrato en un sistema de economía del contrato, limitándose a la consideración subjetiva de adecuación que ha sido realizada por las partes.

Entonces, podríamos decir que el análisis de abusividad de las cláusulas contractuales varía según se trate de cláusulas accesorias o de cláusulas que integran el objeto principal del contrato. Lo que obliga al intérprete a que primeramente deba examinar en forma cuidadosa ante qué tipo de cláusula nos encontramos, a los efectos de determinar qué tipo de análisis de abusividad debe realizarse. Con respecto a las cláusulas accesorias, se puede realizar el control de contenido que venimos analizando, mediante el cual se reputan válidas si su contenido respeta el Derecho dispositivo supletorio, los usos y la buena fe y de reputarse abusiva, se habilita a declarar su nulidad<sup>302</sup>. Esto sucederá en los casos en que una vez comparado el contenido de la cláusula predispuesta con el contenido del Derecho supletorio que la cláusula predispuesta “deroga”, se determine que lo hace en perjuicio del consumidor,

---

<sup>301</sup> En virtud de lo dispuesto en el art. 40 de la LRC, la competencia de contralor de UDECO es una competencia concurrente de fiscalización y subsidiaria de sanción respecto a las competencias constitucionales y legales atribuidas a otros órganos y entes públicos. Al respecto, corresponde destacar la competencia conferida al BCU en materia de contralor del cumplimiento de las disposiciones de la Ley 17.250 de las entidades financieras sujetas a su contralor.

<sup>302</sup> RINCÓN ANDREU, op. cit., pp. 115-116.

determinando su abusividad<sup>303</sup>. Sin embargo, en las cláusulas relativas a los elementos o prestaciones esenciales del contrato, esto es, las referentes al precio y a la prestación que el consumidor obtiene a cambio de aquel, no puede realizarse dicho control de contenido, por cuanto la posición mayoritaria ha entendido que han sido excluidas<sup>304</sup>. En estas cláusulas, el carácter abusivo dependerá únicamente de si superan el control de transparencia. Dicho control de transparencia se realiza de forma doble, en el control de incorporación, regulado en los arts. 7 a 10 de la LCGC y en el art. 80.1 a) del TRLGDCU y, en el control de transparencia material o sustantivo, consagrado en los arts. 80 y 82 del TRLGDCU<sup>305</sup>.

No obstante, la doctrina española no es pacífica en este punto. Para otro sector de la doctrina, las prestaciones principales o elementos esenciales del contrato pueden ser sometidas al control de contenido de las condiciones generales, existiendo la posibilidad legal de revisar el equilibrio objetivo de las prestaciones. El principal argumento aducido por esta postura consiste en que, al trasponerse la normativa comunitaria al ordenamiento jurídico español, se ha omitido trasponer la prohibición expresa de aplicar el control de contenido a las prestaciones esenciales del contrato, dispuesta en el art. 4.2 de la Directiva 93/13. Dicha omisión de incluir en el texto de la LCGC una disposición legal equivalente, ha sido mantenida al promulgarse el TRLGDCU y sus posteriores reformas. Sostienen que el silencio legislativo sobre este punto debe de interpretarse como una decisión de elevar el grado de protección mínimo que establecía la normativa comunitaria y, por tanto, el control de contenido podrá realizarse sobre aquellas cláusulas referentes a las prestaciones principales o elementos esenciales del contrato. Siguiendo esta posición de la doctrina puede citarse la STJUE Sala 1ª, de 3 de junio de 2010, en la que se ha considerado zanjado que no existe una vulneración de la Directiva 93/13, sino

---

<sup>303</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Cómo se determina si una cláusula predispuesta es abusiva?», Disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/01/como-se-determina-si-una-clausula.html> (consultado el 10/05/2020).

<sup>304</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación...», p. 74; MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 179- 186.

<sup>305</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación...», p. 72; DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 85.

disposiciones nacionales más estrictas para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección<sup>306</sup>.

Sin embargo, se le ha criticado a esta postura que, aun cuando se trate de una Directiva de mínimos, no le es permitido al legislador alterar sustancialmente el modelo comunitario. Un control de contenido sobre las prestaciones esenciales no sería un simple aumento del grado de protección de los consumidores, sino la consagración de un modelo frontalmente contrario al modelo comunitario y supondría, por tanto, una violación a la Directiva 93/13/CEE. Asimismo, el aplicador de la norma se encontraría con una ausencia de parámetros objetivos para medir la razonabilidad o justicia del precio<sup>307</sup>.

Finalmente, es importante destacar como precisión previa, que se ha entendido que el control sobre las cláusulas abusivas puede ser iniciado no sólo a instancia de parte, sino también de oficio. En este sentido, es doctrina jurisprudencial consolidada por el TJUE que el juez tiene el deber de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, debiendo adoptar las medidas de instrucción necesarias para establecer si una cláusula entra dentro del campo de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y, en caso afirmativo, debe apreciar de oficio su carácter eventualmente abusivo, siempre que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios. En el caso de que el juez haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, deberá informar a las partes de la eventual existencia de una cláusula abusiva confiriéndoles el debido derecho de defensa y contradicción de las partes, recogido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, id. ibid.

<sup>307</sup> BLANCO GARCÍA, «Los 20 años de regulación...», p. 74; MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 179- 186.

<sup>308</sup> CARBALLO FIDALGO, M., «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6678> (consultado el 14/04/2022), p. 80; STROIE, I. R., «El TJUE Declara Que el Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº

Una vez efectuadas las puntualizaciones previas referidas que nos permitirán comprender de mejor forma el sistema de control instaurado en el Derecho español, nos avocaremos a estudiar los diversos mecanismos de control previstos.

#### **a. Control de incorporación**

El control de inclusión o incorporación es un control primario, en el cual no se ingresa a analizar el fondo o contenido de las cláusulas o condiciones generales de contratación. Este control se aplica a todas las condiciones generales, sin distinción respecto a la calidad de consumidor o profesional del adherente al contrato<sup>309</sup>. Busca garantizar que el adherente tenga información sobre las condiciones generales que incluyen el contrato a celebrar y que su texto resulte comprensible para un consumidor medio<sup>310</sup>. Por ende, este control tiene como objetivo comprobar y garantizar que la adhesión al contrato se ha realizado con las mínimas garantías de cognoscibilidad de las cláusulas que lo integran.

La doctrina destaca una doble finalidad de este control de inclusión. La primera finalidad sería la de garantizar que, al momento del perfeccionamiento del contrato, el adherente conoce y comprende las condiciones pactadas para brindar su consentimiento plenamente consciente. La segunda finalidad sería la de brindar publicidad a las condiciones contractuales durante la ejecución del contrato<sup>311</sup>.

El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. En primero de ellos, consiste en que las condiciones deben ser puestas en conocimiento del adherente mediante la entrega de una copia del documento firmado por ambas partes en el caso de los contratos por escrito, a excepción de la contratación bancaria

---

5/ 2013, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/276> (descargado el 26/11/2022), p. 236.

<sup>309</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 77.

<sup>310</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 76, 79.

<sup>311</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 57.

donde se admite que la firma se de en un momento posterior<sup>312</sup>. Respecto a la accesibilidad del contenido contractual se reconocen diversos grados necesarios para garantizarla, pues, es claro que no es lo mismo celebrar un contrato de consumo de transporte de ómnibus o metro, que la contratación de suministro de electricidad o gas, por ej., realizándose un ajuste en la exigencia de acuerdo con la trascendencia económica del contrato y las posibilidades prácticas. En el primer caso, se entiende que bastaría con que las condiciones se exhiban en un lugar visible donde se celebre el negocio, tal como puede ser la estación de metro, la boletería donde se compra la entrada de un espectáculo, o de cualquier otra forma que garantice al adherente la efectiva posibilidad de conocer las condiciones generales. Sin embargo, en el segundo caso, tratándose de contratos que se celebran por escrito y tienen una mayor trascendencia, se consagra la exigencia legal de entregar al consumidor una copia del contrato de forma previa a su celebración, para garantizar su accesibilidad a las condiciones generales. Asimismo, si el contrato escrito remite al consumidor a condiciones recogidas en su página web, folletos publicitarios u otros documentos, se exige la entrega material de dicho documento adicional donde luzcan informadas las condiciones generales, debiendo ser firmado por el consumidor de forma conjunta al contrato que celebre para que se entienda cumplido el requisito de firma del contrato. Dicha exigencia establecida en el art. 5.1 de la LCGC tiene la función de asegurar que el consumidor ha tenido acceso y conocimiento no sólo del contrato, sino también de las condiciones generales que lo rigen<sup>313</sup>. Cuando el contrato se celebre electrónicamente, se exige que de forma inmediata se le envíe al consumidor la documentación que justifique la contratación que ha realizado, pudiendo entregarse por escrito, cualquier otro soporte duradero, o mediante remisión a un sitio web donde el consumidor podrá encontrar la información sobre la contratación llevada a cabo<sup>314</sup>.

Por otro lado, para garantizar la cognoscibilidad de las condiciones generales por el consumidor, se controla, además, su transparencia gramatical.

---

<sup>312</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 165

<sup>313</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 77–78.

<sup>314</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 165.

Esto es, se busca que las cláusulas se encuentren redactadas de forma concreta, clara, sencilla, con caracteres legibles, que cumplan con el tamaño mínimo de un milímetro y medio y con el contraste entre color de la fuente y el fondo, exigidos en el art. 80.1.b del TRLGDCU. Asimismo, se exige que no contengan reenvíos a otros documentos no entregados al contratante y que su redacción se abstenga de ser oscura o confusa, debiendo ser comprensible para un consumidor medio<sup>315</sup>. Las exigencias relacionadas consagran la importancia del principio de transparencia, que deberá servir de guía para la elaboración de las condiciones generales, siendo determinante para controlar si una cláusula debe o no ser incluida en el contrato<sup>316</sup>. Este requisito de “asequibilidad” de la redacción de las condiciones generales busca lograr que los adherentes puedan comprender estas reglas que pueden vincularles, exigiendo que tengan una redacción comprensible no sólo para expertos en derecho sino para personas de cualquier nivel cultural<sup>317</sup>.

En la práctica, se aplica en primer lugar un filtro negativo del art. 7 de la LCGC que consiste en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. En este sentido, el Tribunal Supremo (TS) ha considerado mediante la sentencia nº 241/2013 del 9 de mayo<sup>318</sup>, que es suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real del adherente de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente realmente las haya conocido y entendido, pues, esto será considerado en el control de transparencia.

Si dicho primer filtro es superado, es necesario pasar un segundo filtro, ahora positivo, previsto en los arts. 5.5 y 7 de la citada ley, que hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de las cláusulas. Este control consiste en determinar que la redacción de las cláusulas generales se ajusta a

---

<sup>315</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 164.

<sup>316</sup> BLANCO GARCÍA, A. «Los 20 años de regulación...», op. cit., p. 72; RINCÓN ANDREU, op. cit., p. 120 Este control es aplicable también a los contratos con condiciones generales que se celebren con un adherente empresario, esto es, no consumidor (DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 77 y 79).

<sup>317</sup> NIETO CAROL, op. cit., p. 71.

<sup>318</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/abusivas-prestamos-hipotecarios-ibe-436380842> .

los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En suma, para superar ambas partes del control de incorporación, debe tratarse de cláusulas con una redacción clara, concreta y sencilla, que permitan una comprensión gramatical normal y sobre las cuales el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

En caso de que las cláusulas no superen este control de inclusión, se considerarán como cláusulas no incorporadas al contrato<sup>319</sup>. Es importante destacar que esto no significa que dichas cláusulas sean excluidas del contrato, sino que, materialmente estas cláusulas seguirán estando en el contrato, no obstante, no tendrán fuerza obligatoria para el adherente y se le brinda al consumidor el derecho de solicitar la declaración judicial de su no incorporación al contrato, de acuerdo con las reglas generales que regulan la nulidad contractual<sup>320</sup>.

Si el contrato de adhesión contiene cláusulas que no han superado este control de inclusión, esto no afectará la eficacia total del contrato, que continuará teniendo una eficacia parcial, siempre que éste pueda subsistir sin las cláusulas que no han superado el control, extremo que deberá ser determinado por el juez en la sentencia que declare la no incorporación de las cláusulas<sup>321</sup>.

#### **b. Control de contenido**

El segundo control al que se someten las condiciones generales de contratación es el denominado control de contenido, el cual consiste en analizar el sentido de las cláusulas, para comprobar si se ajustan a Derecho o deben ser declaradas abusivas. El objetivo de este control es limitar los

---

<sup>319</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 81; MORENO LISO, op. cit., p. 59.

<sup>320</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 81.

<sup>321</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 81. MORENO LISO, op. cit., p. 59.

poderes de configuración contractual del predisponente, obligando al proveedor a cumplir con el Derecho vigente y a respetar el principio de buena fe<sup>322</sup>.

Superado el primer control, tendríamos la certeza de que el consumidor conoce que el contrato que ha celebrado tiene condiciones generales y que ha podido acceder a ellas, teniendo una redacción comprensible y legible, pero no se ha analizado aún su contenido, extremos que fundamentan este segundo control<sup>323</sup>.

Se ha llamado también a este segundo control, como control de transparencia material o sustantivo. Es un control más directo para proteger al consumidor del carácter abusivo de las cláusulas incorporadas al contrato. Como vimos, se realiza con posterioridad al control de inclusión y tiene la finalidad de controlar que se permita al consumidor un conocimiento real, razonable y completo de la carga económica y jurídica que implicará la celebración del contrato, sin necesidad de que el consumidor realice un análisis minucioso y pormenorizado del contrato<sup>324</sup>.

Para determinar si una cláusula ha superado este segundo control, es fundamental comprobar que se haya brindado al consumidor información correcta y pertinente, que proporcione un conocimiento certero de lo que el adherente está contratando y posibilite valorar las consecuencias económicas y los riesgos asociados de las cláusulas relativas a sus obligaciones. Esto es, será necesario determinar que no haya habido asimetría en la información entre la parte débil (consumidor) y el proveedor, provocando un desequilibrio sustancial en perjuicio de consumidor<sup>325</sup>.

Este control de contenido es efectuado en vía judicial, a instancia de parte, donde el juez controlará y declarará la abusividad de una o más cláusulas contractuales, en el caso de que se den las siguientes circunstancias: *i-* se genere un desequilibrio entre las partes contratantes; *ii-* haya mala fe del

---

<sup>322</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 58.

<sup>323</sup> Este control sólo se aplica a las cláusulas no negociadas, esto es, a las cláusulas que tienen como adherente a un consumidor, quedarían fuera de este control, los contratos de condiciones generales celebrados entre profesionales (DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 82).

<sup>324</sup> RINCÓN ANDREU, op. cit., pp. 120-122.

<sup>325</sup> RINCÓN ANDREU, op. cit., pp. 121-125.

predisponente; *iii*- haya abuso de su posición contractual; *iv*- se trate de una cláusula no negociada individualmente. Si se dan las circunstancias señaladas, el juez debe declarar la nulidad absoluta de estas cláusulas, subsistiendo el contrato en los mismos términos pactados, salvo si la cláusula afectada por nulidad fuere vital para la subsistencia del contrato, en cuyo caso acarrearía la nulidad plena de éste<sup>326</sup>.

### **c. Control de transparencia**

Este control resulta aplicable a los contratos con condiciones generales celebrados con consumidores y ha sido consagrado por el TS mediante sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>327</sup>, en virtud de la interpretación que ha realizado el TS del apartado segundo del art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, en la que se consagra que las cláusulas referentes al objeto principal del contrato y la adecuación del precio no podrán quedar sujetas al control de contenido de contenido, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

En merito a dicha exclusión, el TS ha considerado que en estos casos se deberá aplicar, además del control de incorporación, un control de transparencia reforzado que tiene como objeto controlar que el consumidor haya podido comprender de forma sencilla la carga económica del contrato que celebra, así como su carga jurídica. Esto es, que la definición de su posición jurídica sea clara, tanto en los elementos esenciales del contrato como en la asignación de los riesgos de su desarrollo. Con este control se busca evitar que el predisponente incorpore en el contrato alguna cláusula de importante trascendencia jurídica, pero dándole un tratamiento secundario de forma de pasar inadvertida por el adherente, o no se le haya conferido al consumidor información clara y suficiente respecto de las consecuencias jurídicas que tendría adherir a dicha cláusula<sup>328</sup>.

Este control de transparencia como parámetro abstracto de validez de las cláusulas predisuestas se despliega sobre todo el contenido contractual.

---

<sup>326</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 166.

<sup>327</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/abusivas-prestamos-hipotecarios-ibe-436380842>.

<sup>328</sup> TRAVESEDO DE CASTILLA, op. cit., pp. 49-50

Esto es, tiene por objeto que el adherente pueda conocer de forma sencilla la carga económica que supone para él dicho contrato, el sacrificio patrimonial a realizar a cambio de la prestación que obtendrá, así como su posición jurídica, tanto en lo atinente a los elementos típicos del contrato celebrado, como en la distribución de los riesgos en la etapa de ejecución del contrato<sup>329</sup>.

#### **d. Consecuencias de la no superación de los controles**

Finalmente, nos corresponde avocarnos a analizar cuáles son las consecuencias legales previstas para el caso de que las condiciones generales sean declaradas abusivas en contrariedad a la prohibición normativa. Dichas consecuencias difieren según el tipo de control de abusividad que no hayan superado. En efecto, si las cláusulas son abusivas por no superar el control de inclusión, no se incorporarán al contrato ni vincularán al consumidor, aunque materialmente se encuentren en el mismo y el consumidor deba igualmente instar su declaración de nulidad. Sin embargo, si las cláusulas son abusivas por no superar el control de contenido, la cláusula presuntamente abusiva vincula al consumidor, pero se prevé un sistema de control judicial mediante el cual, a instancia de parte, el juez deberá declarar la abusividad de la cláusula, decretar su nulidad y eliminarla del clausulado contrato, procediéndose a inscribirla como cláusula abusiva en el Registro de Condiciones Generales, extremo novedoso para nuestro sistema de control. El resto del contrato mantendrá su validez y continuará siendo obligatorio para ambas partes. Encontrándonos ante una hipótesis de nulidad absoluta de las cláusulas abusivas<sup>330</sup> y nulidad parcial del contrato: el contrato se mantiene en los términos que subsista luego de la declaración de nulidad<sup>331</sup>, siempre que dicha subsistencia sea posible sin las cláusulas anuladas y en caso de que no lo sea, como excepción se declarará la nulidad total del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 83.1 TRLGDCU y 8.2 LCGC. La posición del TJUE es firme respecto a que la Directiva 93/13 no permite que se declare nulo un contrato sólo en atención a la

---

<sup>329</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit., p. 56.

<sup>330</sup> TRAVESEDO DE CASTILLA, op. cit., p. 53.

<sup>331</sup> URIARTE CASTILLO, op. cit., p. 161.

nulidad de una o más cláusulas. Si el contrato objetivamente puede subsistir sin dichas cláusulas declaradas abusivas, debe mantenerse su validez<sup>332</sup>.

Similar consecuencia jurídica tiene la no superación del control de transparencia. La declaración de falta de transparencia provoca la nulidad parcial de las condiciones ilícitas en virtud de los principios *utile per inutile non vitiatur* y *favor negotii* recogidos en el art. 9.2 LCGC, priorizando el mantenimiento del resto del contrato, sin que se proceda a la integración de las cláusulas nulas ni a su reconstrucción equitativa<sup>333</sup>.

La solución legislativa brindada pone de manifiesto que el legislador español ha decidido enaltecer el principio de conservación del negocio y la seguridad del tráfico jurídico, optando por una solución que afecta la eficacia de la cláusula abusiva, pero salvaguarda la validez del contrato<sup>334</sup>.

Esta nulidad - al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva - podrá ser invocada por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV de la LCGC, a las cuales nos hemos referido en el capítulo segundo, sección I, y en cuyo estudio profundizaremos en el capítulo segundo, sección III C, en las mejoras propuestas al sistema nacional. Sin embargo, corresponde destacar que la nulidad de la cláusula abusiva refiere a una nulidad relativa de pleno derecho, imprescriptible, declarable no sólo a solicitud del consumidor por vía de acción o de excepción, sino que también es declarable aun de oficio por el juez interviniente. Al respecto, ha habido diversas posiciones en referencia a si la declaración de nulidad de oficio puede ser declarada *inaudita altera pars*. Se ha sostenido que debido a la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva

---

<sup>332</sup> LYCZKOWSKA, K., «¿Puede la existencia de una cláusula abusiva justificar la nulidad de todo el contrato, si tal decisión es más favorable al consumidor?», *Revista Cesco De Derecho De Consumo*, n° 3/2012, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/109> (descargado el 29/11/2022), p. 141.

<sup>333</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit. p. 57.

<sup>334</sup> SERRA RODRÍGUEZ, A., «Cláusulas Abusivas en los contratos de créditos al consumo» *Boletín del ministerio de justicia* n° 2153, abril 2013 ISSN: 1989-4767, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4179583.pdf> (consultado el 12/05/2020), p. 17.

93/13/CEE, se podría justificar que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. La declaración de oficio sólo sería procedente cuando la nulidad de la cláusula abusiva surja de manifiesto por estar incluida en el elenco de cláusulas prohibidas, también llamadas “cláusulas negras” establecidas en el TRLGDCU. No obstante, no procedería cuando se trate del elenco de cláusulas incluidas en el listado de “cláusulas grises”, en las cuales deberá mediar una valoración judicial más amplia.

Si bien dicha cuestión ha sido discutida por la doctrina, la cuestión ha quedado zanjada a partir de las STJUE de 4 de junio de 2009<sup>335</sup> en el caso de Pannon GSM, C-243/08 y de 14 de junio de 2012<sup>336</sup> en el caso del Banco Español de Crédito, Asunto C-618/10. Las citadas sentencias realizan una interpretación de la Directiva 93/13/CEE en sentido favorable al control de oficio por el juez nacional de la naturaleza abusiva de una o varias cláusulas contractuales, aun cuando dicho control no haya sido instado por ninguna de las partes. El TJUE establece con claridad en dichas sentencias que el juez tiene la obligación de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello<sup>337</sup>. Cuando el juez apreciare la naturaleza abusiva de la cláusula, debe abstenerse de aplicarla y tiene la obligación de poner dicha circunstancia en conocimiento de las partes, garantizándose el principio de contradicción, sin quedar sujeto a la solicitud de su nulidad por el consumidor. Por tanto, instaura una interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en la cual el control respecto de la abusividad y la declaración de nulidad -como su consecuencia- no sólo en una potestad del juez, sino que se transforma en un deber inherente a la función jurisdiccional<sup>338</sup>. En su mérito, los tribunales españoles tienen el deber de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en cualquier

---

<sup>335</sup> Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=74812&doclang=ES>

<sup>336</sup> Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123843&doclang=ES>

<sup>337</sup> MARTÍN FABÁ, J, «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: la doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 19/2016, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1193/968> (consultado el 22/11/2022), p. 223.

<sup>338</sup> BLANCO GARCÍA, «Necesidad de controlar de oficio...», pp. 50-52.

procedimiento, incluso en un procedimiento que no confiera contradicción al empresario predisponente<sup>339</sup>.

Por otro lado, se ha considerado que en el régimen jurídico español la declaración de nulidad de una cláusula abusiva conlleva la necesidad de integrar el contrato, debiendo realizarse la sustitución de la cláusula nula por el contenido de la norma imperativa desplazada injustificadamente, o ante su insuficiencia o inexistencia de norma se debería recurrir a los usos y la buena fe objetiva. Estos dos últimos elementos conforman una potestad moderadora del juez, permitiendo reconstruir el equilibrio contractual moderando las consecuencias de la aplicación de la norma dispositiva supletoria, considerando el momento de celebración del contrato, su naturaleza, así como las restantes cláusulas contractuales. Sólo se declarará la ineficacia total del contrato, cuando las cláusulas subsistentes del contrato – no afectadas por la nulidad – determinen una situación no equitativa insubsanable en la posición de las partes. Esto es, determinen un desequilibrio económico de la posición de las partes, una excesiva onerosidad para una de ellas, sin que sea posible subsanar dicha situación inequitativa<sup>340</sup>.

Dicha potestad judicial de integrar el contrato no es pacífica en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, corresponde señalar que si bien, en principio, el TRLGDCU en su art. 83.2 establece que en caso de declaración de nulidad de determinadas cláusulas por abusivas el juez tiene potestad de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del CC y al principio de buena fe objetiva, tal como se dispone en el art. 83.2 de la citada norma, buscando moderar su contenido y restablecer el equilibrio interno del contrato, el TJUE en sentencia de 14 de junio de 2012 (apartado 73) ha considerado que dicha posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato es contraria al Derecho de la Unión. Declarando que el Juez se encuentra facultado por la Directiva 93/13 únicamente para dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva, pero carece de facultad para integrar el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificando el contenido de la cláusula abusiva cuya nulidad se ha declarado o

---

<sup>339</sup> SERRA RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 18-19.

<sup>340</sup> SERRA RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 20 - 23.

sustituyéndola por otra de contenido equitativo. El contrato debe subsistir sin otra modificación que la mera eliminación de la cláusula abusiva, en la medida en que la subsistencia del contrato sea jurídicamente posible, en virtud de las normas del Derecho interno. Esta posición jurisprudencial tiene como fundamento que de conferírsele al juez la potestad de integrar el contrato no se cumpliría con el efecto disuasorio o sancionador del predisponente del contrato, en tanto, los proveedores podrían incorporar cláusulas abusivas con la certeza de que llegado el caso de que se declare la nulidad de éstas, el juez integrará el contrato sustituyéndola por una cláusula justa o equitativa, sin encontrarse en la necesidad de aplicar medidas correctivas ni preventivas de situaciones desequilibrantes respecto al derecho de los consumidores<sup>341</sup>. El TJUE ha señalado que únicamente se reconoce la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria en el caso de que la declaración de nulidad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, de modo que terminaría siendo una penalización para el consumidor<sup>342</sup>.

Por ende, sin facultades de integración del contrato, si el contrato prevé una cláusula penal o cláusula de intereses abusiva, obsérvese que, tras anularse la cláusula, el Juez no morigerará la cláusula reemplazándola por una cláusula más moderada, sino que, tras ser declarada nula, el contrato quedaría sin dicha cláusula<sup>343</sup>. Únicamente se acepta como excepción la integración judicial del contrato cuando la cláusula abusiva forme parte del objeto principal del contrato, en cuyo caso se admite la integración para preservar la validez del negocio contractual<sup>344</sup>. Se reserva la nulidad de todo el contrato únicamente para los supuestos en los que no es posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2

---

<sup>341</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M. C, « La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial» *Revista Cesco De Derecho De Consumo* n° 5/2013, Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/277> (consultado el 26/11/2022), p. 239.

<sup>342</sup> STROIE, op. cit., p. 159.

<sup>343</sup> TORRALBA MENDIOLA, E. «El Juez no puede, al amparo de la Directiva 93/13, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor en una cláusula abusiva», *Revista Cesco De Derecho De Consumo*, n° 6/2013, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/324> (descargado el 26/11/2022), p. 306.

<sup>344</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 88-89.

TRLGDCU, que *"sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato"*.

Adicionalmente al control judicial instaurado corresponde destacar que en España las autoridades competentes en materia de consumo tienen competencia para poder tramitar expedientes sancionatorios contra los proveedores que hayan incorporado cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados. Este control administrativo presenta cierta dispersión, por cuanto fue recogido en una gran diversidad de normas, algunas de carácter general para la protección de los consumidores y usuarios, otras dictadas para la protección del consumidor en ámbitos específicos (por ejemplo las normas aplicables al ámbito de los servicios financieros) y, asimismo, se han dictado normas aplicables en todo el territorio español y otras dictadas por las comunidades autónomas, aplicables en ese ámbito geográfico de su jurisdicción.

En este punto, es importante destacar la competencia del servicio de reclamaciones del Banco de España -creado por la Orden del 3 de marzo de 1987- que vela por el cumplimiento de la normativa bancaria, disciplina e intervención y de forma indirecta protege al consumidor en la materia. Este servicio se encarga de recibir, instruir y resolver las reclamaciones formuladas por los consumidores de las entidades bancarias que versen sobre un eventual quebrantamiento de las normas sobre disciplina bancaria o las buenas prácticas y usos bancarios. Para presentar una reclamación ante dicho servicio, se debe cumplir previamente con una instancia obligatoria de presentar una reclamación ante el defensor del cliente de la entidad de crédito en cuestión. Pudiendo recurrir al servicio de reclamaciones del Banco de España en tres hipótesis: cuando hayan transcurrido dos meses desde la presentación de la reclamación sin la obtención de una resolución, cuando se haya denegado la solicitud del cliente, o cuando la reclamación haya sido admitida pero la respuesta no satisfaga al cliente. En dichas hipótesis, el consumidor debe dirigirse al servicio de reclamaciones del Banco de España por escrito o por vía telemática, acompañando las pruebas documentales en que basa su reclamación. Previo al traslado y defensa de la entidad bancaria, el Banco de

España emitirá un informe final que concluirá si la actuación de la entidad bancaria se ha sujetado o no a las buenas prácticas y usos bancarios. Dicho informe si bien carece de fuerza vinculante para el usuario y la entidad bancaria, su resultado suele ser aceptado por las partes del conflicto, implicando ventajas tanto para la entidad bancaria que obtiene una resolución extrajudicial del conflicto, como para el usuario que con un procedimiento más rápido y menor gasto económico que el que implicaría iniciar un litigio judicial, obtiene una resolución a su reclamación<sup>345</sup>. En efecto, en el 2022 el servicio de reclamaciones del Banco de España recibió 34.146 reclamaciones, de las cuales un 69,26% culminaron con una resolución favorable al reclamante<sup>346</sup>.

Esta potestad en lo que se refiere a la competencia de la Administración para imponer sanciones por la utilización de cláusulas abusivas, es un medio de protección general de los consumidores que deriva directamente de la obligación que los poderes públicos tienen de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, pero no incluye la competencia para dejar sin efecto una determinada cláusula incorporada a un contrato vigente entre las partes, pues, dicha facultad fue reservada en forma exclusiva a los tribunales. El procedimiento sancionatorio contra un proveedor que utiliza cláusulas abusivas en un contrato de adhesión tiene la finalidad de sancionar al proveedor evitando que siga utilizando dichas cláusulas en los contratos a nivel general, pero dicha cláusula continuará siendo válida en ese contrato. Si el consumidor quisiera obtener la declaración de una cláusula como abusiva, debería iniciar el correspondiente procedimiento judicial ante la justicia civil<sup>347</sup>.

Se ha discutido si dicha potestad sancionatoria de la Administración solo puede ejercerse de forma posterior a la declaración de abusividad por la justicia civil o si, por el contrario, la Administración tiene competencia para calificar como abusiva una cláusula que no ha sido declarada como tal por un juez, ni tampoco forma parte del elenco de cláusulas abusivas recogido en los artículos

---

<sup>345</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 77.

<sup>346</sup> Último dato publicado en: <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/estadisticas/> (consultado el 10/04/2024)

<sup>347</sup> SÁNCHEZ VENTURA, op. cit., pp. 245-248.

85 a 90 del TRLGDCU. Ha existido jurisprudencia contraria a dicha potestad, no obstante, el TS en su sentencia n° 1557/2017, de 16 de septiembre de 2017<sup>348</sup> ha fijado como doctrina legal la no necesidad de declaración judicial civil de una cláusula como abusiva para que la Administración pueda imponer sanciones por el uso de cláusulas abusivas<sup>349</sup>.

### **III. Sistema de prohibición y control de cláusulas abusivas instaurado en el Derecho uruguayo**

Nuestro sistema jurídico consagra en la LRC un sistema de prohibición y control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados entre proveedor y consumidor en el ámbito de una relación de consumo. La protección del consumidor contra las cláusulas abusivas se encuentra consagrada en la norma con el rango de derecho básico del consumidor en su art. 6 literal D.

#### **A. Ámbito en el que rige la prohibición de las cláusulas abusivas**

En el ordenamiento jurídico nacional, el sistema de prohibición y control sobre cláusulas abusivas ha sido previsto con un ámbito de aplicación restringido, circunscripto a los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores en el ámbito de una relación de consumo. No ahondaremos en dicha categoría de contratos, pues ya fue objeto del capítulo primero -sección II c- referente a los contratos de adhesión, no obstante, no es ocioso recordar que quedan excluidos de control todos los demás contratos celebrados entre proveedores y consumidores que no sean contratos de adhesión, los contratos con condiciones generales no negociadas celebrados entre empresarios<sup>350</sup> en los cuales uno de ellos adhiere sin posibilidad real de negociar y, finalmente, los contratos paritarios celebrados entre sujetos no

---

<sup>348</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/695996621>

<sup>349</sup> SÁNCHEZ VENTURA, op. cit., p. 250.

<sup>350</sup> BLANCO GARCÍA, «Posibilidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual: sociedades, contratos, concurso* (Montevideo: FCU, 2015), p. 190.

consumidores en los cuales una de las partes tiene una posición contractual de preeminencia respecto de la otra.

## **B. Sistema de prohibición: sistema mixto**

El sistema de control instaurado por la norma nacional se aplica sobre un sistema de prohibición mixto de cláusulas abusivas –siguiendo el modelo europeo<sup>351</sup>- mediante el cual se consagra un concepto general de cláusulas abusivas en el que se establece lo que se considera como tal y adicionalmente, se complementa dicho concepto abstracto con una “lista negra” enunciativa de cláusulas expresamente prohibidas.

La norma nos brinda en su art. 30 un conjunto de criterios normativos de apreciación para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva. Refiere a dos tipos de cláusulas abusivas, las abusivas por su contenido y las que lo son por su forma.

En cuanto a la abusividad de una cláusula por su contenido, la norma consagra dos parámetros generales para determinar cuándo se produce dicha abusividad: *a)* cuando se determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes y *b)* cuando sea violatoria de la obligación de actuar buena fe.

Estos criterios que determinan la abusividad de una cláusula operan en forma autónoma, esto es, basta la configuración de uno de los requisitos para que la cláusula se considere abusiva<sup>352</sup>, tal como se desprende de la propia redacción de la norma, en la que se utiliza la locución conjuntiva “*así como*”. Esa independencia con la que fueron consagrados los criterios en la norma nacional se aparta de la forma en la que fueron establecidos en la normativa europea como fuente indirecta de nuestra LRC<sup>353</sup>. Como vimos, en la Directiva Europea 93/13/CEE se interrelaciona los criterios de la buena fe y el

---

<sup>351</sup> DE CORES HELGUERA, *Introducción al derecho...*, p. 218.

<sup>352</sup> DE CORES HELGUERA, *Introducción al derecho...*, p. 213; SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe y excesiva onerosidad», *Tribuna del Abogado*, n° 144 (Montevideo: Colegio de Abogados, 2005), p. 13.

<sup>353</sup> DE CORES HELGUERA, «El concepto de desequilibrio en los contratos de adhesión (Artículos 30 y 31 de la Ley 17.250)», *ADCU*, t. XXXIX (Montevideo: FCU, 2008), p. 667; MARIÑO LÓPEZ, *Responsabilidad por utilización...*, pp. 67–68.

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre las partes para determinar la abusividad de una cláusula. Es necesario que se compruebe la existencia de ambos requisitos para determinar la abusividad de una cláusula<sup>354</sup>. La buena fe constituye el elemento central de la definición legal de cláusulas abusivas en el sistema de Derecho español, dado que, es la razón por la cual se prohíbe la utilización de cláusulas predispuestas desequilibradas. Por tanto, el desequilibrio de las condiciones generales per se, no constituye elemento suficiente para calificarlas de abusivas, sino que debe ir acompañado de la violación de la buena fe. Sin embargo, en la normativa nacional, como el legislador ha consagrado ambos criterios normativos como autónomos, podríamos encontrarnos con una cláusula abusiva por determinar un claro e injustificado desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero que, no obstante, no violente la obligación de actuar de buena fe y viceversa<sup>355</sup>.

Hay quienes consideran que, si bien, en teoría, podríamos referirnos a la autonomía de los criterios consagrados en la norma, sería inútil, pues, sostienen que existe una imposibilidad material para que se produzca un desequilibrio que no afecte la buena fe. En definitiva, el justo equilibrio es una manifestación más de la buena fe e implica la existencia de ésta. La buena fe difícilmente existirá, si no hay un equilibrio contractual justo. Aquella actúa como un criterio de calificación y valoración del desequilibrio relevante, a efectos de determinar el carácter inequitativo de la cláusula y al mismo tiempo sirve como fundamento de la intervención en el contrato<sup>356</sup>.

La buena fe asume una función correctiva de las estipulaciones contractuales: impone al predisponente un especial deber de moderación en el ejercicio unilateral de la libertad de predisposición contractual, de tal manera que no se perjudique en forma desmesurada los intereses del consumidor adherente<sup>357</sup>. Se transforma, entonces, no sólo en un principio de equidad

---

<sup>354</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 280-281.

<sup>355</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», p. SE 74; SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», pp. 426 – 427.

<sup>356</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 252; ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con un adherente empresario», *Anuario de la Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, v. 1 (Buenos Aires: AIDP, IJ, 2015), p. 344.

<sup>357</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 270.

contractual, sino en un límite de validez de las cláusulas de los contratos de adhesión<sup>358</sup>.

Sin embargo, debe recordarse que en el Derecho uruguayo no se estableció una obligación de justo equilibrio entre derechos y obligaciones de los contratantes. Únicamente se le confirió al juez un medio para compensar los desequilibrios injustificados en el uso de la libertad de la redacción del contrato, mediante la compensación de la desventaja con la potestad de declarar abusivas las cláusulas que determinen ese claro desequilibrio<sup>359</sup>.

El desequilibrio contractual al que alude la norma refiere a un equilibrio normativo o jurídico, esto es, no refiere a un desequilibrio económico, sino a un desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones asumidos en el contrato<sup>360</sup>. En tanto, el legislador ha descartado dentro de la hipótesis de abusividad los aspectos referentes al instituto de la lesión, es decir, los aspectos relativos a la equivalencia económica objetiva del contrato<sup>361</sup>. El desequilibrio al que alude el legislador refiere a aquellas situaciones en las que se altera significativamente la relación entre las partes, creando una disparidad entre las obligaciones de cada uno de los contratantes. Esa desventaja o desequilibrio debe ser injustificado, esto es, la ausencia de justificación debe surgir de la comparación entre las ventajas y los sacrificios que el contrato pone a cargo de los contrayentes<sup>362</sup>, desnaturalizando la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, sin otorgarse, como contrapartida, algún beneficio que justifique el desequilibrio inicial como su legítimo fundamento<sup>363</sup>.

Para que este desequilibrio determine el carácter abusivo de una cláusula la mayoría de la doctrina señala que debe cumplir con los requisitos

---

<sup>358</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 273.

<sup>359</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 279.

<sup>360</sup> PEREIRA CAMPOS, «Tendencias jurisprudenciales sobre cláusulas abusivas (Ley de relaciones de consumo n° 17.250)», *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, Dir. PEREIRA CAMPOS y RUEDA KRAMER (Montevideo: FCU, 2008), p. 304.

<sup>361</sup> PEREIRA CAMPOS, y BERDAGUER ESTRADER, *Cinco años de...*, p. 38.

<sup>362</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 310.

<sup>363</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 13.

de claridad, notoriedad y significación<sup>364</sup>, debe perjudicar al consumidor de forma injustificada, esto es, sin una causa o contrapartida y debe ser apreciado en el conjunto del contrato globalmente considerado, al momento de su origen o perfeccionamiento<sup>365</sup>. Sin embargo, para otro sector de la doctrina la normativa nacional no exige que el desequilibrio sea significativo, sino que, siendo un desequilibrio evidente, aunque de no importante entidad se estaría incurriendo en abusividad –(solución que tendría el atractivo de ensanchar el campo de tutela del consumidor respecto a la solución consagrada en la normativa española)<sup>366</sup>.

Este perjuicio al que alude la norma debe interpretarse como un desequilibrio para la parte débil negocial y no como daño patrimonial o extramatrimonial, sino como una asimetría en el plano jurídico entre los derechos y obligaciones de los contratantes, que inclina la balanza en desmedro del consumidor<sup>367</sup>.

Asimismo, para determinarse la falta de justificación del desequilibrio creado en perjuicio del consumidor, debe analizarse las normas dispositivas o supletorias, que son las que en definitiva consagran lo que el legislador considera equilibrado<sup>368</sup>, así como también debe contrastarse la cláusula que se examine con el parámetro abstracto de buena fe que se adopte, esto es, con la conducta debida por los contratantes<sup>369</sup>.

La buena fe como criterio de apreciación de la abusividad refiere a una buena fe objetiva, que implica un comportamiento leal, cooperativo y solidario con la contraparte<sup>370</sup>. No refiere a una buena fe subjetiva, por tanto, no interesa el estado psicológico o la intencionalidad del predisponente del contrato, pues, alude a una actuación que se aparta del modelo de la conducta debida, honrado, recto y leal, no respetando una justa, racional y equilibrada

---

<sup>364</sup> Conforme ha sido sostenido en STAC 5° Turno nº 10/2017, 13 de febrero (SIMON OLIVERA, L.).

<sup>365</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con...», pp. 340, 342 y 355.

<sup>366</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 310.

<sup>367</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», pp. 426- 427.

<sup>368</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 13.

<sup>369</sup> BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 246.

<sup>370</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 14.

distribución de los intereses jurídicos de las partes. Determinando que se pueda calificar como abusiva una cláusula cuando se actuó con aprovechamiento del estado de necesidad del adherente, engaño, falta de veracidad o desinformación<sup>371</sup>.

Puede entenderse que la abusividad de tipo sustancial (por su contenido) se verifica cuando existe falta de reciprocidad entre los poderes, facultades, cargas y obligaciones previstas en el contrato para cada una de las partes y especialmente, cuando se establece un apartamiento injustificado y sistemático del Derecho positivo supletorio que regula de forma equilibrada las obligaciones de las dos partes en la figura contractual que se trate<sup>372</sup>.

Finalmente, corresponde destacar que la abusividad sustancial no puede producirse por un desequilibrio con relación al producto, servicio o contraprestación del contrato, en tanto se parte de un criterio subjetivo para evaluar la equivalencia de las prestaciones, eliminando la lesión como vicio de consentimiento, con la única salvedad de que las cláusulas referentes al precio, producto o servicio se encuentren redactadas de forma comprensible y clara<sup>373</sup>. La jurisprudencia también lo ha entendido en este sentido, sosteniendo que en modo alguno puede avalarse la intervención judicial para modificar los términos de un contrato, porque la LRC excluyó expresamente de la calificación de cláusula abusiva a aquella que refiriera al precio del producto o servicio. Con esto se vino a consagrar (nuevamente) el criterio de equivalencia subjetiva de las prestaciones establecido en los arts. 1250 y 1277 del CC, que, además consagra la configuración de esa equivalencia al momento de perfeccionamiento del contrato y no durante su ejecución<sup>374</sup>.

Por otro lado, respecto a las cláusulas abusivas por su forma, se entiende que refiere a la manera de establecer ciertas condiciones o remisiones a documentos que no son entregados al consumidor al momento de contratar<sup>375</sup>. El criterio de abusividad formal deriva de la exigencia de redacción

---

<sup>371</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con...», pp. 349-351.

<sup>372</sup> PEREIRA CAMPOS, «Tendencias jurisprudenciales ...», p. 304.

<sup>373</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 291.

<sup>374</sup> STAC 1º Turno n° 9/2008, 13 de febrero (SALVO LÓPEZ, N).

<sup>375</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 339.

en términos claros y con caracteres fácilmente legibles, conforme dispone el art. 29 de la LRC<sup>376</sup>.

La abusividad formal deriva del apartamiento del principio de transparencia<sup>377</sup>, que exige claridad o transparencia en la redacción del contrato, principios que emanan de lo que supone la contratación de buena fe. La información contractual debe ser clara y comprensible, pues sólo de esta forma, junto con el cumplimiento del deber de brindar una información completa, veraz y oportuna (art. 6 literal C de la LRC) se puede lograr un consentimiento informado del consumidor. Por tanto, pueden considerarse abusivas por su forma las cláusulas con tecnicismos ininteligibles para un consumidor con un nivel normal o medio de conocimiento, las que contienen remisiones a temas inaccesibles o de dificultoso acceso para el consumidor, o con un tamaño de letra diminuto o redacción no clara, incomprensible o tan general o ambigua que se vuelve confusa para éste<sup>378</sup>. La calificación de claridad debe requerir, en palabras de MILLER ARTOLA, el grado de notorio, pudiendo ser apreciado por cualquier tercero no profesional<sup>379</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia nacional toma como parámetro que los términos contractuales deben ser absolutamente claros, indubitables, cognoscibles y asequibles a cualquier persona de formación media<sup>380</sup>. Corresponde destacar, además, que se entienden abusivas las cláusulas del contrato de adhesión que contengan remisiones a una fuente externa que el adherente deba consultar, por estar fuera del documento contractual, estableciéndose lo que la doctrina denomina un negocio *per relationem*, pudiendo suceder que el adherente termine aceptando un contenido contractual – *la relatio*- que desconoce<sup>381</sup>. En este sentido, la jurisprudencia no ha sido unánime. A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia n° 208/2022

---

<sup>376</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 291.

<sup>377</sup> PEREIRA CAMPOS, «Tendencias jurisprudenciales ...», p. 304.

<sup>378</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con...», op. cit. pp. 334-336.

<sup>379</sup> MILLER ARTOLA, op cit. p. 52.

<sup>380</sup> Véase al respecto, entre otras, STAC 5° Turno n° 36/2012, 28 de marzo, (GRADIN ROMERO, E).

<sup>381</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 2.

del TAC 2° Turno<sup>382</sup> y sentencia n° 40/2007 del TAC 6° Turno<sup>383</sup>, en las que se ha establecido que el contratante tiene la carga de conocer lo que declara aceptar en función del principio de autorresponsabilidad. Si no consulta la fuente externa por indiferencia, o porque desea especular con esta incertidumbre, su comportamiento es inexcusable<sup>384</sup>.

Puede entenderse como cláusulas abusivas por su forma, por ejemplo, las cláusulas cuya ubicación no se corresponda con la lógica del contrato. Como es el caso de una cláusula referente a las prestaciones u obligaciones principales del contrato que se encuentre descontextualizada, esto es, ubicada en el medio de cláusulas accesorias o secundarias y no en forma conjunta con las cláusulas que enumeran las prestaciones principales del contrato, resultando inesperadas para el contratante. También las denominadas cláusulas sorprendidas, que son aquellas no previsibles para el consumidor por lo inusual o insólita<sup>385</sup>, o las cláusulas con caracteres diminutos<sup>386</sup>, a pesar de que nuestra legislación no consagra expresamente un tamaño mínimo de la letra del contrato, a diferencia de la norma española, que exige un mínimo de un milímetro y medio (art. 80.1.b del TRLGDCU). Sin embargo, para los contratos de adhesión utilizados en el sistema financiero existe una exigencia reglamentaria de que el tamaño de los caracteres tipográficos no sea inferior a 10 puntos, así como que se utilicen caracteres fácilmente legibles, títulos, subtítulos, letras en negrita y subrayados, con una diagramación adecuada en cuanto a estilos y espaciado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 333 de la RNRCSEF. Dichos criterios de tamaño y destaque de las cláusulas son analizados por el organismo de control bajo un criterio de razonabilidad, determinando que se consideren abusivas las cláusulas de los contratos de adhesión utilizados por la entidad financiera que sean oscuras, no guarden una coherencia interna con el resto del clausulado, o no se encuentren debidamente destacadas. Todos estos supuestos son fiscalizados por el BCU

---

<sup>382</sup> STAC 2° Turno n° 208/2022, 28 de setiembre (HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.).

<sup>383</sup> STAC 6° Turno n° 40/2007, 26 de febrero (HOUNIE SÁNCHEZ, F.).

<sup>384</sup> Disponibles en BJA: Disponible en BJA: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=253929> (consultada el 26/02/2023).

<sup>385</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 340.

<sup>386</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 348.

pudiendo determinar la abusividad de una cláusula por su forma, aunque no lo sea, en principio, por su contenido<sup>387</sup>.

Finalmente, además de los parámetros estudiados para determinar la abusividad de las cláusulas, el legislador incluyó en el art. 31 de la LRC una lista de cláusulas abusivas expresamente prohibidas. Como vimos, esta lista no es taxativa, sino meramente enunciativa. Es inconcebible realizar una lista con un elenco taxativo, que prevea la totalidad de cláusulas abusivas que la mente humana pueda crear. Por lo tanto, la lista debe operar como un modelo o parámetro para guiar al intérprete en la individualización de las cláusulas abusivas, en los casos concretos que puedan presentarse, aunque no se encuentren dentro del elenco enumerado<sup>388</sup>.

Al respecto, hay quienes sostienen que la lista de cláusulas abusivas contenida en la norma nacional, si bien tiene la apariencia de ser una “*lista negra*” de cláusulas prohibidas, no es más que una “*lista gris*” de prohibición, que contiene un elenco de cláusulas que se presumen abusivas. Por cuanto, si bien la norma expresa que las cláusulas listadas son abusivas, posteriormente realiza una salvedad en referencia a las cláusulas de restricción de responsabilidad, disponiendo “*salvo que una norma de derecho lo habilite*”, o por “*cualquier otra causa justificada*”. Estas expresiones han llevado a parte de la doctrina a sostener que, si bien el acápite del artículo nos llevaría a pensar que las cláusulas son automáticamente ineficaces por su abusividad, el legislador debió referirse a que pueden ser declaradas abusivas en vez de señalar que lo son, puesto que no en todos los casos serán abusivas, pudiendo estar justificadas por otra norma de Derecho que lo habilite o por otra causa<sup>389</sup> que excluya su abusividad.

A pesar de dicha crítica por parte de la doctrina, consideramos como virtuosa la incorporación de una lista de cláusulas abusivas, que, complementada con la definición abierta de cláusulas abusivas consagrada por

---

<sup>387</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

<sup>388</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 353; SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 427; GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 315.

<sup>389</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 352; ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de Derecho* (Montevideo: Ediciones del Foro y Amalio M. Fernández, 2009), pp. 392- 393.

nuestro legislador, opera como una red de protección al consumidor, en tanto impide que queden fuera las hipótesis no incluidas en el elenco de cláusulas calificadas como abusivas<sup>390</sup>, creando posibilidades ilimitadas para que los jueces puedan, en palabras del maestro GAMARRA SAGARRA, “cazar en el territorio de la abusividad”<sup>391</sup>.

### **C. Sistema de control: control de contenido**

La norma nacional instaura un sistema de control de contenido concreto sobre las cláusulas abusivas, que se efectúa en vía judicial previa denuncia del consumidor en un proceso mediante el cual el adherente incoa una pretensión de abusividad respecto de uno o más cláusulas de un contrato de adhesión, ya sea como pretensión principal o accesoria del proceso. El juez deberá realizar un análisis del contrato y las cláusulas cuya nulidad se ha invocado en el caso concreto, determinando si dichas cláusulas se consideran abusivas. En caso de considerarse que el contrato tiene cláusulas abusivas, se declarará la nulidad de la cláusula mediante una sentencia que desplegará eficacia de cosa juzgada para el caso ventilado en el proceso. Esto es, la eficacia de la sentencia de declaración de nulidad alcanza únicamente al caso concreto, pero no provocará la nulidad de la cláusula que se ha considerado abusiva en los restantes contratos de adhesión que el proveedor ha celebrado con otros consumidores, ni supondrá una inhibición del proveedor de continuar utilizando dicha cláusula en los contratos de adhesión que eventuales celebre con sus clientes<sup>392</sup>.

Asimismo, el sistema de control consagrado en la norma nacional no prevé como complemento un control administrativo abstracto de los contratos de adhesión, mediante el cual se requiera la previa autorización estatal de los modelos de contratos de adhesión que el proveedor pretenda utilizar con los consumidores en general, con la finalidad de impedir que se utilicen en ellos cláusulas abusivas<sup>393</sup>. Se prevé únicamente un control judicial concreto, que

---

<sup>390</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 485.

<sup>391</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 316.

<sup>392</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., pp. 249 y 251; MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas...», pp. SE-67 – SE 68.

<sup>393</sup> RODRÍGUEZ, J., op. cit., p. 12.

funciona en el momento posterior a la celebración del contrato de adhesión y con eficacia limitada al caso concreto<sup>394</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, en la siguiente sección realizaremos algunas precisiones respecto al control administrativo sobre la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

## **1. Control administrativo**

Si bien la norma no consagra un sistema de control abstracto en vía administrativa, debemos destacar que esto no significa que haya una ausencia de control administrativo sobre la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Pues, los proveedores se encuentran sometidos a las potestades de fiscalización y sanción de la Unidad de Defensa del Consumidor conferidas en la norma de protección al consumidor (LRC). En este sentido, los arts. 42 literal B y 43 de la LRC confieren a UDECO -y a los demás organismos que debido a su especialidad correspondan- la potestad de controlar el cumplimiento de la norma de consumo por los proveedores, incluyendo la protección del consumidor contra la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (arts. 6 literal D, 30 y 31). En base a la mencionada normativa, el proveedor podría quedar sometido a un proceso administrativo sancionatorio ante la Unidad de Defensa del Consumidor -iniciado de oficio o por denuncia de parte-anónima- y en caso de acreditarse la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores, se le aplicará una sanción administrativa al proveedor<sup>395</sup>. Dicha sanción podrá consistir desde un apercibimiento hasta una multa, cuyo monto podrá oscilar entre 20 UR y 4.000 UR, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 46 y 47 de la citada Ley.

En este sentido, es crucial destacar que la aplicación de una sanción administrativa al proveedor por la utilización de una cláusula abusiva no

---

<sup>394</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 249.

<sup>395</sup> En ejercicio de la competencia conferida en la norma, UDECO ha efectuado 35 atenciones referentes a utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el año 2020, 29 en el año 2019, 43 en el año 2018 y 16 en el año 2017. Información obtenida de [https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/datos-y-estadisticas/estadisticas?field\\_tematica\\_target\\_id=684&field\\_fecha\\_by\\_year=2020&field\\_fecha\\_by\\_month=All&field\\_publico\\_target\\_id=All](https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/datos-y-estadisticas/estadisticas?field_tematica_target_id=684&field_fecha_by_year=2020&field_fecha_by_month=All&field_publico_target_id=All) (Consultada el 18/01/2021).

determina que dicha cláusula sea nula en el contrato de adhesión celebrado con los consumidores, ni siquiera en el contrato de adhesión celebrado con el consumidor denunciante. Pues, la Administración carece de potestades para declarar la nulidad y dejar sin efecto una cláusula contractual determinada, en tanto dicha potestad ha sido reservada exclusivamente para la juez en la LRC. Asimismo, si bien la finalidad de cualquier procedimiento sancionatorio es evitar que el proveedor siga utilizando dichas cláusulas de adhesión en su contratación con los consumidores, el organismo de control administrativo no tiene facultades legales para obligar al proveedor a abstenerse en la utilización de dicha cláusula abusiva en la contratación futura, pudiendo, únicamente, efectuar una recomendación en tal sentido.

En el ámbito financiero<sup>396</sup>, la competencia para recibir y procesar reclamos y denuncias de los consumidores es una competencia compartida entre UDECO y la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU. En efecto, el art. 40 de la LRC establece que la Dirección General de Comercio será la autoridad nacional de fiscalización del cumplimiento de dicha ley, sin perjuicio de las competencias constitucionales y legales atribuidas a otros órganos y entes públicos y en su art. 21 y el Decreto reglamentario n° 244/000 de 23 de agosto de 2000 asigna al BCU el cometido de regular las especificaciones de la oferta de servicios financieros. En este sentido, en la modificación de la Carta Orgánica del Banco Central del año 2008 se introdujo una detallada descripción de las competencias propias del órgano desconcentrado Superintendencia de Servicios Financieros en la redacción dada al art. 38 de la Ley n° 16.696 de 30 de marzo de 1995 mediante las cuales se asignan múltiples cometidos y atribuciones en su calidad de órgano rector del sistema financiero, vinculados a la protección del consumidor de servicios financieros, en los literales A) y W) a los que cabe agregar la potestad sancionatoria general establecida en el literal L). Entre las competencias asignadas a la Superintendencia de Servicios Financieros del BCU, se encuentra la competencia de atender los reclamos de los consumidores de

---

<sup>396</sup> Nos referiremos únicamente a la competencia de fiscalización respecto de cláusulas abusivas de los contratos de adhesión utilizados en el ámbito financiero, atento a que el presente trabajo pretende focalizar el análisis de las cláusulas abusivas en las tarjetas de crédito.

servicios financieros respecto a las empresas supervisadas. En virtud de la normativa mencionada, dicha Superintendencia tiene competencia para recibir denuncias de los consumidores por utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión utilizados por los proveedores de servicios financieros, entre ellos, la tarjeta de crédito.

En ejercicio de dicha competencia el BCU actúa en las denuncias efectuadas por el consumidor ante la Superintendencia de Servicios Financieros – o las denuncias derivadas por UDECO- e instruye un procedimiento administrativo tendiente a determinar si el modelo de contrato de adhesión utilizado por la entidad financiera supervisada contiene cláusulas abusivas. En el caso de que el BCU detecte la utilización de cláusulas que se consideran abusivas, se ejerce la potestad sancionatoria sobre la institución supervisada, determinando la aplicación de una sanción y, asimismo, se procede al dictado de instrucciones particulares mediante las cuales se intima a dicha institución la modificación de dicha cláusula en el modelo de contrato, de manera que no se continúen utilizando en el futuro. Dicha potestad de fiscalización y eventual sanción es ejercida por el BCU no sólo ante la denuncia de consumidores de servicios financieros, sino también de oficio, en tanto como organismo fiscalizador del sistema financiero, el BCU realiza evaluaciones integrales de las entidades supervisadas, en el marco de las cuales analiza todo el marco contractual utilizado por la entidad supervisada con sus clientes. Si como resultado de dicha evaluación se constatare la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores, el BCU ejerce la correspondiente competencia sancionatoria sobre el proveedor y, asimismo, se lo interpela al reemplazo de la redacción de la cláusula abusiva por otra redacción que resulte ajustada al marco normativo vigente<sup>397</sup>.

En este sentido, es importante destacar que ni UDECO ni BCU como organismos administrativos de fiscalización tienen competencia para pronunciarse y juzgar un caso concreto sobre cláusula abusiva planteado por el consumidor – competencia que es reservada por ley para la justicia ordinaria-, no obstante, sí tienen potestades de fiscalización y sanción en materia de modelos contractuales, pudiendo, como vimos, pronunciarse respecto de la

---

<sup>397</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

utilización de una cláusula abusiva en los contratos de adhesión utilizados con los consumidores, sancionar al proveedor y solicitar la sustitución de su redacción por otra redacción acorde a Derecho. Esta potestad es ejercida por estos órganos administrativos sin exigirse una sentencia judicial previa que declare nula la cláusula que se considera abusiva y, asimismo, sin requerirse que la cláusula que se considera abusiva se encuentre dentro del elenco de cláusulas expresamente calificadas como abusivas por la LRC o la LMPE<sup>398</sup>. En tanto, la tipicidad de las cláusulas abusivas no tiene en materia de consumo el rigor que tiene en materia penal, pues, si bien la autonomía de la voluntad es un principio general en materia contractual, cuando dicha contratación tiene como una de las partes a un consumidor, dicho principio tiene límites importantes que contemplan la disparidad negocial de las partes y la debilidad estructural del consumidor.

Las sanciones que la autoridad administrativa de control pueda imponer por la utilización de cláusulas abusivas son actos administrativos revisables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante TCA).

## **2. Control judicial de contenido**

El tipo de control instaurado en los arts. 30 y 31 de la LRC es un control de contenido del contrato de adhesión. Dicho control del contenido del contrato de adhesión previsto en la norma nacional excluye del análisis a las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato: objeto y causa, esto es, a las prestaciones a las que se obligan las partes (la cosa -producto o servicio- y el precio) y a su finalidad. El fundamento de dicha exclusión radica en que, respecto a las cláusulas referentes al precio y al producto o servicio, existiría libre consentimiento de las partes, por lo cual el control de contenido sobre estas cláusulas carecería de fundamento. Esto es, se entiende que el consumidor ha tenido en consideración estas cláusulas al momento de tomar su decisión de contratar, existiendo libertad de decisión en cuanto a qué contrato se celebra, a qué precio pacta y que producto o servicio contrata. Su

---

<sup>398</sup> En concordancia con la posición que a nivel europeo se ha sostenido en la STS n° 1557/2017, de 16 de septiembre, que ha fijado como doctrina legal la no necesidad de declaración judicial civil de una cláusula como abusiva para que la Administración pueda imponer sanciones por el uso de cláusulas abusivas.

consentimiento pleno respecto a estas cláusulas determina su exclusión del régimen de protección al consumidor que implica el control de contenido del contrato de adhesión, el cual solo lo ampara en el caso de que dichas cláusulas se encuentren redactadas en violación del deber de transparencia (art. 30 LRC)<sup>399</sup>.

Este sistema de control instaurado en el Derecho nacional confiere al consumidor el derecho de invocar judicialmente la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, procediendo el juez en caso de considerarla abusiva, a declararla nula e integrar el contrato, tal como lo dispone el art. 31 de la LRC en su inciso final. Si habiéndose integrado el contrato el juez considera que éste carecería de causa, podrá declarar su nulidad. Obsérvese que la citada norma prevé la nulidad de todo el contrato únicamente en la hipótesis de que al llenar el vacío contractual el juez considere que el contrato carece de causa, afiliándose la norma al principio de la relevancia de la finalidad practica perseguida por las partes y la conservación del acto, en virtud de los cuales cuando el negocio puede existir aun sin las cláusulas afectadas por la nulidad, se está a la particular finalidad perseguida por las partes, priorizando la validez de las restantes cláusulas no afectadas por la nulidad, en la medida en que representen el mínimo contenido deseable con relación a todo el acto<sup>400</sup>.

La norma nacional no prevé el denominado control de incorporación consagrado en el sistema español, en el cual la transparencia se encuentra prevista como un requisito de incorporación. En la norma uruguaya, la transparencia se encuentra consagrada como un requisito de forma del contrato, en tanto, el art. 29 de la LRC exige que los contratos de adhesión sean redactados en términos claros y con caracteres fácilmente legibles. Dicho requerimiento se consagra con la finalidad de que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido del contrato. No obstante, la falta de comprensibilidad del contrato no es sancionada por la norma con la inexistencia por no superar el control de incorporación como en el sistema español.

---

<sup>399</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», pp. SE- 71 y SE-75.

<sup>400</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial...*, t. IV, p. 265.

La violación al deber de transparencia del proveedor podrá tener diversas consecuencias según a qué parte del contrato de adhesión afecte. Si las cláusulas que no han sido redactadas de forma clara y fácilmente legibles refieren al precio, al producto o servicio, la violación del deber de transparencia es sancionada con la apertura del control de contenido para el juez, pues en dicho caso la falta de transparencia permite al juez analizar si las cláusulas referidas al objeto del contrato son o no abusivas, tal como dispone el art. 30 de la LRC<sup>401</sup>. Estas cláusulas sólo están excluidas del control de contenido del contrato, en el caso de que hayan sido redactadas de manera clara y comprensible, no obstante, si no lo son, el juez podrá ingresar al análisis de su eventual abusividad. Sin embargo, si la violación del deber de transparencia recae en otras cláusulas diversas del contrato de adhesión, podría configurar un incumplimiento del deber del proveedor de informar al consumidor de forma clara, suficiente y veraz (art. 6 literal C LRC) pudiendo generar responsabilidad precontractual, debiendo resarcir los daños y perjuicios ocasionados y confiriendo al consumidor la opción de solicitar, además, la resolución o el cumplimiento del contrato (art. 32 LRC); o podría configurar una conducta contraria a la obligación de actuar de buena fe del proveedor, incluso pudiendo llegar a determinar la abusividad de la cláusula – abusividad formal- por ser contraria a la buena fe, siendo pasible de determinar un desequilibrio injustificado entre las prestaciones de las partes<sup>402</sup>.

**a. Consecuencias de la no superación de control de contenido: nulidad de la cláusula e integración del contrato**

Como hemos venido refiriendo a lo largo de esta investigación, la consecuencia jurídica de la declaración de una cláusula como abusiva es su nulidad. No obstante, la norma no distingue si la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula refiere a una nulidad absoluta o relativa. Extremo que tiene gran importancia práctica, por cuanto, el régimen de nulidades consagrado en nuestro CC es diferente para ambos tipos de nulidades. En efecto, como diferencia fundamental surge que, si se tratara de

---

<sup>401</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», op. cit. p. SE- 71; DE CORES HELGUERA, *Introducción al derecho...*, p. 220.

<sup>402</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas ...», p. SE- 72.

una nulidad absoluta, el juez podría declararla de oficio (art. 1561 CC) aun sin invocación de parte y sería insubsanable; en cambio si la nulidad producida fuera relativa, debe ser invocada por la parte que no le ha dado causa y, además, la nulidad producida sería subsanable si no es invocada por las partes, tal como dispone el art. 1562 del CC.

Entonces corresponde cuestionarnos: ¿la nulidad de las cláusulas abusivas refiere a una hipótesis de nulidad absoluta o relativa? ¿Puede el juez declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva? ¿Qué incidencia tiene en dicha cuestión el carácter de orden público de la LRC? La cuestión no es pacífica en la doctrina nacional.

En principio corresponde destacar que la nulidad provocada por las cláusulas abusivas es una nulidad parcial, esto es, en palabras de GAMARRA SAGARRA, una nulidad que no afecta al contrato íntegro, sino exclusivamente a una de sus partes – la cláusula abusiva- coexistiendo en el mismo contrato dos porciones de distinta naturaleza, una nula y otra válida<sup>403</sup>. Lo importante consiste en determinar si el contrato puede igualmente subsistir a pesar de la nulidad parcial. Si la cláusula considerada abusiva refiere a un elemento esencial del contrato previsto en el art. 1261 del CC, el contrato no podría subsistir<sup>404</sup>. Al respecto, el inciso final del art. 31 de la LRC dispone que el juez procederá a declarar nula las cláusulas que correspondan por abusivas, integrando el contrato. No obstante, si el juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del contrato íntegro. Sin embargo, corresponde destacar que ésta no es la solución de principio, sino de excepción.

Respecto al tipo de nulidad que provoca la declaración de una cláusula como abusiva, podemos señalar que existe en nuestra doctrina, diversas posiciones.

Por un lado, GAMARRA SAGARRA ha sostenido que la nulidad de las cláusulas abusivas no es una nulidad absoluta, pues, el art. 31 de la LRC no resulta claro cuando consagra la nulidad y confiere únicamente legitimación al

---

<sup>403</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVI, 2ª ed. (Montevideo: FCU, 2003), p. 89.

<sup>404</sup> GAMARRA SAGARRA, op. cit. p. 94.

consumidor para solicitarla, pero no a los sujetos legitimados en el art. 1561 del CC para solicitar una nulidad absoluta -cualquier persona que tenga interés en ello (terceros ajenos a la formación del contrato) el Ministerio Público e incluso podrá ser declara de oficio por el juez competente<sup>405</sup>. La norma dispone que, en principio, el consumidor tiene derecho a solicitar la nulidad y en tal caso, el juez integrará el contrato. No obstante, establece que si una vez integrado el contrato, éste careciere de causa, el juez podrá declarar su nulidad. El uso de la palabra “podrá” parecería aludir a una facultad, más que a un deber del juez. Apartándose de la terminología utilizada en el art. 1561 del CC, que consagra el poder - deber del juez de declarar la nulidad. Entonces, sostiene el distinguido civilista, que el legislador ha sido cuidadosamente explícito cuando pretende establecer un régimen de nulidad absoluta, pero en el caso de la mencionada disposición no lo ha sido, extremo que inclina al autor por sostener que nos encontramos frente a una hipótesis de nulidad relativa o una nueva categoría de nulidades creadas por la LRC<sup>406</sup>.

En similar sentido, PEREIRA CAMPOS ha sostenido que resulta discutible si la nulidad de las cláusulas abusivas refiere a una nulidad absoluta, relativa o de una categoría especial creada por la LRC. La norma no califica dicha nulidad como absoluta, refiriéndose únicamente a “nulidad” (art. 31 inc. Final LRC). El citado procesalista se inclina, también, por sostener que la nulidad producida por las cláusulas abusivas es relativa, o en todo caso, una nueva categoría de nulidad creada por la LRC. Los principales argumentos esbozados por el autor se basan en que, por un lado, si se entendiera que la norma consagra una nulidad absoluta, dicha nulidad podría y debería ser declarada de oficio por el juez, no pudiendo subsanarse. Sin embargo, aun en tal caso, para que la nulidad absoluta pudiera ser relevada de oficio, debería tratarse una nulidad visible, notoria y grosera, que surja de los hechos alegados y las pruebas ofrecidas por las partes<sup>407</sup>. En este sentido, se ha sostenido que el juez sólo podría declarar de oficio una nulidad absoluta cuando ésta aparezca

---

<sup>405</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado...*, t. XVI, pp. 151 y 164.

<sup>406</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 292.

<sup>407</sup> PEREIRA CAMPOS, S. y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, C., «¿Puede el juez declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas de un contrato?», *Revista de Derecho y Tribunales*, nº 3 (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2007), p. 53.

de forma manifiesta y resulte de los hechos alegados y probados en el proceso, pero no puede disponer una investigación o decretar medidas conducentes a demostrar la existencia de la nulidad<sup>408</sup>.

Asimismo, el citado autor funda su posición en que, generalmente cuando el legislador quiere consagrar nulidades absolutas e insubsanables, suele utilizar expresiones más terminantes, extremo no acontecido en la LRC. Siendo las nulidades absolutas una excepción o apartamiento del principio de congruencia, son de interpretación restrictiva<sup>409</sup>. De forma coincidente, destaca que el art. 31 de la LRC refiere a que la inclusión de las cláusulas abusivas da derecho al consumidor a solicitar se declare la nulidad de dicha cláusula, instaurando una justicia a pedido de parte, no de oficio. Régimen que coincide con el previsto en nuestro CC para las nulidades relativas<sup>410</sup>. En caso de que el juez declare la nulidad sin que haya pedido de parte en su demanda, reconvención (o interposición de excepciones en un proceso monitorio) esto es, de oficio, se podría estar violentando el principio de congruencia establecido en el art. 198 del Código General del Proceso (en adelante CGP)<sup>411</sup>. El único caso en que el juez podría declarar la nulidad de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión sin invocación de aplicación de la LRC en el caso de que alguna de las partes ejerza la pretensión declaración de nulidad de una o más cláusulas contractuales por abusivas con fundamento en otra normativa, diversa a la LRC. En tal caso, habiendo un pedido de declaración de nulidad, si el juez entiende que la solicitud se encuentra amparada por la LRC, por aplicación del principio *iura novit curiae* – poder deber del juez de aplicar el Derecho vigente que corresponda a cada caso-, puede aplicar la LRC, aunque

---

<sup>408</sup> GAMARRA SAGARRA, op. cit., p. 163; BLANCO GARCÍA, «Posibilidad de controlar...», pp. 191-192.

<sup>409</sup> PEREIRA CAMPOS y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., p. 54.

<sup>410</sup> Esta posición ha sido seguida por el TAC 1° en STAC 1° Turno n° 9/2009, 18 de febrero (CASTRO RIVERA, A.) en la que se estableció que la habilitación que se confiere al juez para anular una cláusula abusiva e integrar el contrato en el art.31 in fine de la LRC tiene como presupuesto que se haya alegado la nulidad de la cláusula por ser abusiva.

<sup>411</sup> PEREIRA CAMPOS y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., p. 53; BLANCO GARCÍA, «Necesidad de controlar de oficio...», pp. 48-49.

no hay sido invocada expresamente, sin incurrir en un vicio de incongruencia<sup>412</sup>.

En igual sentido, analizando la incidencia que tiene el carácter de orden público de la LRC sobre el referido tema, señala PEREIRA CAMPOS que tal carácter no significa que cualquier transgresión a dicha norma pueda ser relevada de oficio y, por tanto, no determina por sí sólo que el juez deba declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, sino que el carácter de orden público refiere únicamente a una limitación para las partes de derogar por mutuo acuerdo las disposiciones de la norma, buscando proteger a los consumidores<sup>413</sup>. Por otro lado, como segundo argumento, manifiesta que siendo la LRC la última norma aprobada en el tiempo en relación con nuestro CC, la norma posterior deroga la anterior (art. 10 CC) en cuanto al régimen de nulidades para los contratos celebrados en el marco de una relación de consumo y siendo una norma de orden público (art. 1 LRC) crea una categoría especial de nulidad<sup>414</sup>.

En síntesis, para el citado autor la LRC es clara en cuanto a que se requiere la invocación de la nulidad por el consumidor y, por tanto, no podría ser declarada de oficio por el Tribunal<sup>415</sup>, inclinándose a sostener que nos encontramos frente a una hipótesis de nulidad relativa o una nueva categoría de nulidad creada por la LRC para las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión celebrados en el ámbito de las relaciones de consumo<sup>416</sup>. Esta posición ha sido recogida por nuestra jurisprudencia: en sentencia n° 36/2012 y DFA-0004-000601/2014 del TAC 5 Turno<sup>417</sup>, así como por el TAC 4° Turno en sentencia n° 272/2008<sup>418</sup> sosteniendo que, si no hay unanimidad entre los integrantes del Tribunal respecto al carácter manifiesto de la nulidad, debe descartarse la eventual reproducción de nulidad manifiesta que amerite ser

---

<sup>412</sup> PEREIRA CAMPOS y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., p. 52.

<sup>413</sup> BLANCO GARCÍA, «Posibilidad de controlar...», p. 192; PEREIRA CAMPOS, op. cit., p. 53.

<sup>414</sup> PEREIRA CAMPOS y RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., pp. 52 y 54.

<sup>415</sup> PEREIRA CAMPOS y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., pp. 47-48.

<sup>416</sup> PEREIRA CAMPOS y colab. RODRÍGUEZ SCHETTINI, op. cit., p. 54.

<sup>417</sup> STAC 5° Turno n° 36/2012, 28 de marzo (GRADIN ROMERO, E.) y DFA-0004-000601/2014, 1 de octubre (SIMÓN OLIVERA, L.).

<sup>418</sup> STAC 4° Turno n° 272/2008, 10 de diciembre (TOBIA FERNÁNDEZ, J.).

declarada de oficio por el Tribunal. En similar posición puede citarse la sentencia 3/2018 del TAC 3º turno, en la que se ha sostenido que para declarar la nulidad de una cláusula por considerarla abusiva se debe pedir en forma expresa por la parte que así lo entiende, no pudiendo el Tribunal declarar la nulidad de oficio, dado que así lo indica el Art.31 de la Ley nº 17.250 en su inciso final: "...La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato(...)"<sup>419</sup>.

En una postura diferente, SZAFIR SLOTOLOW ha sostenido que la nulidad de las cláusulas abusivas consagrada en la LRC - o para los contratos paritarios en el art. 1291 del CC- refiere a una hipótesis de nulidad absoluta, aunque parcial. Así, la LRC prohíbe la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y siendo ésta una norma de orden público, lo hecho contra una norma prohibitiva, al amparo de lo dispuesto en el art. 1288 el CC, genera nulidad absoluta por causa ilícita. Considera la autora, que no puede configurarse una nulidad relativa cuando se viola una norma prohibitiva y, menos aún, cuando dicha norma reviste el carácter de orden público, como es el caso de la LRC<sup>420</sup>. Siendo la norma referida de orden público, el juez tiene no sólo una mera facultad de declarar la nulidad de una cláusula que resulte abusiva, sino el poder- deber de hacerlo, aunque no haya mediado solicitud de parte<sup>421</sup>. La legitimación conferida por el legislador al consumidor para solicitar la declaración de nulidad sólo tiene el alcance de derogar la limitación establecida en el art. 1561 del CC respecto a la legitimación para solicitar la nulidad, buscando evitar interpretaciones contrarias a la mala fe. La norma citada dispone que no puede alegar la nulidad quien le ha dado causa sabiendo o debiendo saber el vicio que invalidaba el acto, por tanto, el legislador optó por apartarse del régimen citado, confiriendo en forma expresa legitimación para que el consumidor, aun siendo parte en el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, pueda invocar la nulidad de una cláusula abusiva<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> STAC 3º Turno nº 3/2018, 14 de febrero (KELLAND TORRES, C.).

<sup>420</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores: análisis exegético...*, p. 350.

<sup>421</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 16.

<sup>422</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores: análisis exegético...*, pp. 330-331, 349, 350-351.

Dicha legitimación no es incompatible con la facultad de los restantes legitimados por el art. 1561 del CC<sup>423</sup>. Siendo una nulidad absoluta, puede y debe ser declarada de oficio, tal como lo establece la citada norma. Se consagra un poder deber al juez que no puede dejar de cumplir, siendo revelable aun de oficio sin que se afecte el principio de congruencia cuando la parte no lo ha invocado en su petitorio, en virtud del carácter de orden público de la LRC<sup>424</sup>.

Si bien resulta claro que la LRC no califica la nulidad producida por las cláusulas abusivas, tampoco consagra un régimen especial de nulidad, por tanto, queda regulada bajo el régimen común previsto en el CC para la nulidad absoluta, salvo en cuanto a la limitación que impediría el accionamiento del consumidor, que fue derogado expresamente por el art. 31 de la LRC<sup>425</sup>.

En similar sentido, ORDOQUI CASTILLA considera que la nulidad de las cláusulas abusivas es absoluta, en tanto surge de la transgresión de disposiciones de orden público, pues, estando las cláusulas abusivas prohibidas, su inclusión contraría una norma de orden público –(el art. 1 LRC y art. 8 del CC). En consecuencia, la nulidad se puede disponer de oficio o a petición de parte, tal como lo dispone el art. 1561 del CC. Sin embargo, la LRC incorporó la figura de la nulidad parcial del contrato, que tenía previa elaboración doctrino-jurisprudencial. Dicha figura posibilita la declaración de nulidad absoluta de una sola cláusula sin afectar la totalidad del contrato. No obstante, la cláusula no será parcialmente nula, sino que su nulidad es absoluta, en tanto su inclusión transgrede disposiciones de orden público y, en consecuencia, la nulidad de una cláusula abusiva podrá disponerse de oficio o a petición de parte, tal como lo dispone el art. 1561 del CC. Se aplican en esto dos principios contractuales, que son el de conservación del contrato en cuanto sea posible (esto es, en cuanto no se afecte las cláusulas que reflejan el objeto o causa del contrato) y el que consagra que la nulidad de una parte no necesariamente afecta al todo. Se busca mantener como criterio rector el de preservar el contrato más allá de la abusividad para proteger al consumidor,

---

<sup>423</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores: análisis exegético...*, p. 350.

<sup>424</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 16.

<sup>425</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores: análisis exegético...*, p. 351.

dado que, suele no serle conveniente que desaparezca en estos casos todo el contrato<sup>426</sup>. Únicamente dicha nulidad se transformará en absoluta si se afectan los elementos esenciales del contrato como los referentes al precio u objeto, siendo una nulidad irreparable que hace imposible la conservación del contrato<sup>427</sup>.

Aun sosteniéndose la posición de la nulidad absoluta producida por una cláusula abusiva, debemos recordar que el relevamiento de oficio –sin pretensión de parte- tiene algunas limitaciones, tal como ha sido sostenido por el TAC 5º Turno en sentencia n° 10/2017<sup>428</sup> y la SCJ en sentencia n° 102/2020<sup>429</sup>. En efecto, no toda nulidad es revelable de oficio, en tanto tal como ha destacado nuestra doctrina civil, la nulidad debe ser visible, notoria, grosera, indiscutible, no requiriendo investigación alguna del juez para detectar el vicio, debiendo resultar de los hechos alegados y pruebas incorporadas al proceso a propuesta de las partes, lo cual es también una manifestación del principio de congruencia. Si bien en esta posición no sería necesario exigir de la parte el ejercicio de pretensión expresa de declaración de nulidad de la cláusula, la nulidad debería surgir de los hechos alegados y pruebas ofrecidas por las partes.

En nuestra opinión, no resulta compartible la posición que realiza una interpretación restrictiva del art. 31 de la LRC, considerando que la legitimación conferida al consumidor para solicitar judicialmente la declaración de abusividad de una cláusula es derogatoria de los restantes legitimados para solicitarla y de la potestad de que el juez ante una clara y manifiesta violación de una norma prohibitiva la declare nula en virtud de su abusividad, aun sin petición de parte. Si bien la norma no es clara al respecto, compartimos con SZAFIR SLOTOLOW que no puede aplicarse con razonabilidad el criterio de que las cláusulas abusivas no pueden ser declaradas nulas de oficio porque su nulidad no es visible, notoria, grosera o indiscutible y el juez no tiene la

---

<sup>426</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Abuso...*, pp. 377-379.

<sup>427</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 384.

<sup>428</sup> STAC 5º Turno n° 10/2017, 13 de febrero (SIMÓN OLIVERA, L.).

<sup>429</sup> SSCJ n° 102/2020, 21 de mayo (MARTÍNEZ ROSSO, E.).

potestad de dictar medidas conducentes a investigar dicha nulidad por su propia iniciativa. Pues, si se tramita un proceso en el que la cláusula abusiva surge del propio contrato que luce en el expediente y de su texto surge un desequilibrio manifiesto entre el empresario y el consumidor, no es razonable sostener que el juez deba ignorarlo y permitir una clara violación de una norma prohibitiva, porque la parte no lo ha solicitado expresamente<sup>430</sup>. Coincidimos con BLANCO GARCÍA en que, en caso de duda, cualquier norma de consumo debería interpretarse en favor del consumidor en base al *principio pro consumerismo*, con la finalidad de garantizar una tutela efectiva, permitiendo al juez que analice el contenido del contrato en salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores. Este control debería ser realizado por el juez con independencia de quien invoque la abusividad de una cláusula, como única forma de garantizar el derecho del consumidor a una tutela judicial efectiva y de reestablecer el equilibrio entre el proveedor y consumidor en el contrato de adhesión<sup>431</sup>.

Independientemente de la posición doctrinal que se adopte, debe destacarse que la LRC es clara en cuanto confiere al juez la potestad de integrar el contrato una vez declarada la nulidad de una cláusula contractual por abusiva. Respecto a la integración del contrato de adhesión, debe precisarse que la función integradora conferida al magistrado sólo debe aplicarse en el caso de que una vez declarada abusiva, quede un vacío contractual que determine una necesidad de regulación. Es decir, el Juez únicamente deberá complementar las condiciones del contrato que puedan haber quedado sin contenido, o resulten incoherentes en virtud de la anulación de una cláusula<sup>432</sup>.

En dicho caso, si bien la norma no establece reglas para dicha actividad de integración dejándola al arbitrio judicial y a la consideración del caso concreto, podría tomarse como parámetro el régimen legal supletorio de los

---

<sup>430</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 351.

<sup>431</sup> BLANCO GARCÍA, «Posibilidad de controlar...», pp. 194 y 196.

<sup>432</sup> HOLZ BRANDUS y POZIOMEK ROSEMBLAT, op. cit., p. 280.

contratos de nuestro CC<sup>433</sup> o la regulación supletoria para el contrato en particular.

Se ha sostenido que el vacío que deja la cláusula anulada en caso de no afectar la validez total del contrato debe suplirse con la labor de integración judicial y no con la reconstrucción de la presunta voluntad de los contratantes, tal como establece el art. 1291 inciso segundo del CC. La consecuencia resulta confirmada con la previsión expresa del art. 31 literal H de la LRC, donde se establece que el juez integrará el contrato. La función integradora del juez asume la particularidad de ser realizada con la finalidad de ajustar el contrato a la norma vigente aplicable al caso, sustituyendo la abusividad por las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente. Es por esto que parte de nuestra doctrina habla de esta operación como una operación de reducción, consistente no en llenar varios del contrato sino en sustituir la abusividad por lo lícito, reduciendo la cláusula a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente. No se trata entonces de discernir qué es lo que las partes presuntamente hubieren querido, sino de recomponer el equilibrio prestacional del contrato, volviendo aplicables normas o criterios generales que se pretendieron evadir sin una justa causa, utilizando un criterio de proporcionalidad que determine cuál debió ser la regulación razonable para el contrato<sup>434</sup>.

El control sustancial sobre las cláusulas abusivas, consagrado en la LRC, confiere al juez el poder de anular las cláusulas que afecten el equilibrio normativo entre los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor y permite restituir el equilibrio normativo afectado por la cláusula abusiva. No confiere al juez la posibilidad de restaurar el equilibrio económico del contrato, o proporcionalidad sustancial objetiva pues, como ya vimos, el precio abonado con relación a la cosa o servicio adquirido están excluidos del control sobre el carácter abusivo de las cláusulas.

En síntesis, el juez podrá, según sea el caso: a- limitarse a prescindir de la cláusula por abusiva, teniéndola por no escrita; b- reemplazarla por el

---

<sup>433</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 437.

<sup>434</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con...», pp.386-388.

Derecho positivo supletorio al que la cláusula pretendía sustituir; c- integrar el contrato, llenando el vacío de acuerdo con la función económica del contrato (causa); d- excepcionalmente declarar la nulidad total del contrato, cuando, en virtud de la importancia de la cláusula abusiva declara nula, el contrato quede carente de causa<sup>435</sup>.

Dicha potestad de integración judicial del contrato también ha sido criticada por parte de nuestra doctrina, con el mismo fundamento que se ha criticado el régimen español, pues, de conferírsele al juez la potestad de integrar el contrato no se cumpliría con el efecto disuasorio o sancionador del proveedor. En tanto, la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión únicamente podría ocasionar que, llegado el caso de que se declare la nulidad de aquellas, el juez integrará el contrato sustituyéndola por una cláusula justa o equitativa, sin encontrarse en la necesidad de elaborar un clausulado contractual sin cláusulas desequilibrantes respecto al derecho de los consumidores<sup>436</sup>.

Sin embargo, parece importante destacar que el “perjuicio” que sufre el proveedor por la utilización de cláusulas abusivas en sus contratos de adhesión puede no sólo derivar en que la misma sea suplida por la cláusula que el juez entienda pertinente en uso de la facultad de integración del contrato, sino que, además, el proveedor puede ser sancionado por los organismos fiscalizadores del cumplimiento de la LRC en caso de que el juez de la causa comunique de oficio dicha circunstancia a dichos organismos. Recordemos, que la LRC prohíbe la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y el incumplimiento de la norma puede ser sancionado por la Unidad Defensa del Consumidor o los organismos especialmente competentes según la materia, con sanciones que varían según la infracción sea calificada como leve, grave o muy grave, en base a los antecedentes del proveedor, la generalidad y demás criterios conferidos en los art. 46 y 47 de la LRC. En igual sentido, para el caso de que se declare abusiva una cláusula del contrato objeto de este estudio – el contrato de emisión de tarjeta de crédito-, recordemos que el

---

<sup>435</sup> PEREIRA CAMPOS y BERDAGUER ESTRADER, *Cinco años de...*, p. 38.

<sup>436</sup> BLANCO GARCÍA, «Necesidad de controlar de oficio...», pp. 52-53.

proveedor podrá ser sancionado por el BCU como organismo fiscalizador de esta norma para los emisores de las tarjetas de crédito.

Finalmente, a modo de cierre del análisis del sistema de control contra las cláusulas abusivas instaurado por la legislación nacional, debe recordarse que la sentencia que declara la nulidad de una cláusula abusiva sólo tendrá efectos para el caso concreto, no implicando una condena implícita o explícita de no utilización dicha cláusula en los contratos de adhesión que el proveedor celebre en un futuro. Asimismo, tampoco surtirá efectos para los contratos de adhesión que ya haya celebrado con otros consumidores y contengan dicha cláusula abusiva. La característica señalada constituye en nuestra opinión, una desventaja o falencia del sistema de control nacional, por cuanto, el riesgo que asume el proveedor en la incorporación de presuntas cláusulas abusivas en el contrato de adhesión es mínimo, pues, de ser solicitada su declaración de nulidad por algún consumidor, el juez solo podrá declarar la nulidad de la cláusula abusiva en el contrato que el proveedor haya celebrado con ese consumidor en particular.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos recordar que el art. 42 del Código General del Proceso legitima al Ministerio Público, a cualquier interesado y a las instituciones o asociaciones de interés social que garanticen una adecuada defensa del interés comprometido para el inicio de acciones de protección de los intereses difusos o colectivos. En materia de relaciones de consumo, dichas acciones podrían iniciarse para inhibir la utilización o invalidar las condiciones generales predispuestas que resulten abusivas según la apreciación judicial<sup>437</sup>. En estos casos, la sentencia judicial que declare abusiva determinadas cláusulas de un contrato de adhesión tendría eficacia general, conforme lo dispuesto en el art. 220 del CGP.

En este sentido, corresponde recordar que el art. 6 de la LRC en su literal E consagra el derecho de los consumidores a ser representados por las asociaciones de consumidores. En este sentido, compartimos con SZAFIR SLOTOLOW que dichas asociaciones, así como el Ministerio Público tendrían representatividad por mandato legal para accionar colectivamente invocando la

---

<sup>437</sup> PEREIRA CAMPOS y BERDAGUER ESTRADER, *Cinco años de...*, p. 70.

nulidad de una cláusula abusiva, en cuyo caso, la sentencia tendría autoridad de cosa juzgada para todos los consumidores que contrataron en las mismas condiciones<sup>438</sup>.

No obstante, si bien tenemos en nuestro país dicho marco normativo que podría ser utilizado para la tutela colectiva de los consumidores frente a la prohibición de cláusulas abusivas, los antecedentes jurisprudenciales al respecto son prácticamente inexistentes, mostrando una clara necesidad de legislación específica de procesos colectivos en materia de relaciones de consumo en nuestro ordenamiento, a la cual nos referiremos en el apartado siguiente<sup>439</sup>.

### **b. Mejoras propuestas**

En esta sección realizaremos un análisis enfocado en las posibles deficiencias del sistema de control instaurado en el ordenamiento jurídico nacional, buscando identificar puntos clave de mejora para el sistema.

Podemos comenzar por destacar que creemos que el Derecho de consumo debe desarrollarse utilizando los cimientos del Derecho civil y comercial, regulando las relaciones jurídicas específicas trabadas en la relación de consumo, reconociendo las particulares circunstancias en las que se perfecciona el contrato de consumo, en el cual el consumidor movilizó por su necesidad de bienes y servicios celebra el contrato sin posibilidad de negociar el contenido contractual. Recordemos que, en muchos casos, el consumidor se encuentra en una situación que puede llegar incluso hasta de desconocimiento de dicho contenido contractual, como es muy común que suceda en la celebración de los contratos de emisión de tarjeta de crédito, no por una simple desidia o negligencia del consumidor, sino también porque es consciente de que desde su posición de debilidad negociadora no tendrá posibilidades de modificar las cláusulas que integran las condiciones generales de contratación, así como tampoco tendrá posibilidades de contratar con otra entidad emisora de tarjeta de crédito que le brinde dicha posibilidad o le ofrezca condiciones

---

<sup>438</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 351.

<sup>439</sup> PEREIRA CAMPOS y BERDAGUER ESTRADER, *Cinco años de...*, p. 89; SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 118.

contractuales sustancialmente más beneficiosas. La situación de superioridad comercial en la que se encuentra la entidad emisora de la tarjeta de crédito si bien no determina por sí misma que el contenido contractual del contrato de tarjeta de crédito sea abusivo, forma un ámbito propicio para que el proveedor utilice dicha superioridad comercial para imponer al consumidor cláusulas desequilibrantes o contrarias a la buena fe en su perjuicio. Dicho extremo determina la necesidad de consagrar un régimen fuertemente proteccionista para el tarjetahabiente, en el cual se consagren herramientas normativas que garanticen su derecho de defensa ante los posibles abusos en los que pueda incurrir el emisor de la tarjeta de crédito.

No obstante, no puede obviarse que, aunque se le conceda un fuerte régimen de protección normativa al consumidor financiero, éste debería complementarse con un adecuado y eficiente acceso a la justicia en la que se le permita al tarjetahabiente ejercitar las acciones tendientes a su protección de forma sencilla y ágil. De lo contrario, dicha protección podría resultar en la vía de los hechos, poco ineficaz.

Es decir, la eficacia del sistema de protección dependerá no sólo de la legislación específica destinada a respaldar el derecho de los consumidores tarjetahabientes, sino también del complemento de dicho reconocimiento sustantivo de sus derechos con normas procesales orientadas a simplificar y conferir celeridad al proceso judicial en los cuales pueda hacerlo efectivos. Inclusive, podría sostenerse la conveniencia de que dichas normas sean aplicadas también por tribunales especiales, como un presupuesto necesario para garantizar la defensa de los derechos de todos los consumidores. Esta trilogía formada por una ley con contenido eficaz en la defensa del consumidor, celeridad en el procedimiento y la existencia de tribunales especiales, ha sido considerada por GHERSI como inescindible en la defensa de los derechos de los consumidores<sup>440</sup>.

En aplicación de estos postulados, podríamos destacar que el modelo de control sobre las cláusulas abusivas instaurado en el Derecho nacional si bien tiene una norma de corte proteccionista de los derechos del consumidor con un

---

<sup>440</sup> GHERSI, op. cit., p.134.

adecuado reconocimiento sustantivo de sus derechos, a nuestro juicio presentaría ciertas deficiencias en cuanto a la celeridad y eficacia de los procedimientos tendientes a su reclamo y en cuanto a la ausencia de tribunales especiales en su aplicación.

En tanto, en el régimen jurídico nacional no contamos con una regulación específica sobre procesos colectivos tendientes a la protección de los derechos de los consumidores. Se consagran únicamente acciones individuales que podrán ejercitarse por un consumidor, un grupo de consumidores afectados (como litisconsorcio activo facultativo) o una Asociación de Consumidores en representación de sus consumidores asociados, pero en las que, la sentencia que se dicte en dicho proceso solo tendrá validez entre las partes del proceso.

El control judicial instado por el consumidor de forma individual puede considerarse altamente ineficaz por variadas razones, entre las más destacables, el desconocimiento de la mayoría de los consumidores de sus derechos, el excesivo costo de las acciones judiciales individuales<sup>441</sup> y el largo periplo de tiempo que el consumidor debe soportar con la esperanza de la obtención de una sentencia que declare abusiva la cláusula impugnada. Extremos que en muchas ocasiones pueden hacer desistir al consumidor de su intención.

Sin embargo, como pudimos ver, en la legislación extranjera existen otros modelos de prohibición y control contra las cláusulas abusivas en los que se confiere un grupo de garantías procedimentales a disposición del consumidor, que conforman un régimen de protección más completo y eficaz, como el establecido en el modelo español. Tal como hemos analizado en el en el capítulo correspondiente al análisis del modelo español, por un lado, dicho modelo consagra dos tipos de acciones: las acciones individuales que podrán ser iniciadas por el consumidor adherente que quiera solicitar la declaración de nulidad de una cláusula abusiva o reclamar los daños y perjuicios que ha sufrido en virtud del contrato de adhesión celebrado; y las acciones colectivas, que podrán ser iniciadas por las Asociaciones de consumidores y usuarios o de

---

<sup>441</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 74.

empresarios, los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición y el Ministerio Fiscal<sup>442</sup> y, por otro, se consagra, además, la acción declarativa de nulidad de las cláusulas abusivas, las acciones de cesación, de devolución de sumas cobradas e indemnización de los daños y perjuicios y la acción de retractación, que complementan la protección al consumidor contra las cláusulas abusivas.

Las denominadas acciones colectivas tienen la ventaja de permitir accionar frente a conductas antijurídicas de empresarios que pueden lesionar de diversa manera a los derechos e intereses de una colectividad de sujetos, sin que exista un titular definido del bien jurídico lesionado. Este tipo de acciones, por sus características, son naturalmente propicias para el ejercicio de los derechos o intereses supraindividuales que se ven lesionados cuando el proveedor utiliza cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que celebra con los consumidores. También representan una opción más eficaz y cómoda para los consumidores en el caso de que el proveedor despliegue una actividad o hecho antijurídico que lesiona una pluralidad de derechos e intereses individuales homogéneos, evitando que se inicien una pluralidad de procesos individuales en los que cada afectado reclame lo que corresponda por dicho hecho dañoso<sup>443</sup>.

El control judicial colectivo se presenta como una opción más útil y eficaz, permitiendo que las organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores puedan acudir a los órganos judiciales competentes, instando la declaración de abusiva de una condición general y solicitando todas las medidas necesarias para interrumpir su aplicación<sup>444</sup>.

En el Derecho español, la LCGC prevé en su art. 12 cuatro acciones colectivas: la acción de cesación, la acción de devolución de sumas cobradas e indemnización de los daños y perjuicios, la acción de retractación y la acción declarativa.

---

<sup>442</sup> DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., pp. 90 – 91.

<sup>443</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 302-303.

<sup>444</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 74.

La acción de cesación también se encuentra prevista en los arts. 53 y 54 TRLGDCU como una acción que se dirige a obtener una sentencia de condena al demandado para que cese determinada conducta y prohíba su reiteración futura. Esta acción puede ser utilizada para solicitar la condena del proveedor a eliminar las condiciones generales contrarias a la LCGC o a otras leyes imperativas o prohibitivas de la utilización de cláusulas abusivas y, asimismo, para solicitar su abstención de seguir utilizándolas en el futuro. También podrá solicitarse dicha prohibición de la realización de una conducta (por ejemplo, la utilización de condiciones generales abusivas) aun cuando ésta haya finalizado al momento de ejercitar la acción, siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Dicha acción de cesación podrá iniciarse con pretensiones accesorias tales como la acción de nulidad de condiciones generales abusivas, o las acciones de devolución de sumas cobradas e indemnización de los daños y perjuicios causados por la aplicación de las condiciones contrarias a la LCGC o a las leyes imperativas o prohibitivas<sup>445</sup>.

Por otro lado, la LCGC prevé la acción de retractación que tiene por objeto obtener una sentencia que imponga al demandado el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro y, finalmente, la acción declarativa mediante la cual se busca que la sentencia reconozca una cláusula como condición general de contratación, ordenando su inscripción cuando ésta proceda<sup>446</sup>.

La legitimación activa en este tipo de acciones colectivas es atribuida a sujetos que ostentan cierta representatividad de los consumidores, como una excepción a la regla general de que los derechos sólo pueden ejercerse por sus titulares. El ejercicio de estas acciones colectivas es conferido a los sujetos expresamente señalados por ley. Para la acción colectiva de cesación se han previsto varios legitimados según el texto legal, no obstante, como núcleo común se legitima a la Agencia Española de Consumo Seguridad Alimentaria y Nutrición, a las entidades con competencia en materia de defensa del

---

<sup>445</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 74.

<sup>446</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 305-306.

consumidor de las Comunidades Autónomas o Locales, a las asociaciones de consumidores, el Ministerio Público y Fiscal y las Entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores que se encuentren habilitadas en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas<sup>447</sup>.

El inicio de las acciones colectivas regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la publicidad inicial del proceso e intervención de terceros. En principio, se efectúa una publicación de la admisibilidad de la demanda en un medio de comunicación en el ámbito territorial en el que se hayan lesionado los derechos e intereses de los consumidores, con la finalidad de que los sujetos que puedan ser afectados por el proceso tengan noticia de su existencia y puedan intervenir en su desarrollo. Si se trata de una acción colectiva de consumidores determinados o fácilmente determinables, la norma exige la comunicación previa de la intención de proponer la demanda. Dicha intervención es facultativa, pues, a pesar de que no intervengan se podrán beneficiar del ejercicio de la acción colectiva. Estas reglas no aplican para la acción de cesación, en la cual no se prevé una publicación de la admisión de la demanda ni se permite la intervención de consumidores a título individual en el proceso<sup>448</sup>.

Estas acciones colectivas culminan con una sentencia que desplegará efectos de cosa juzgada no sólo respecto de los sujetos litigantes, sino también respecto de todos los consumidores afectados por el hecho dañoso que ha motivado el ejercicio de la acción, evitando que los consumidores inicien nuevos procesos a título individual pretendiendo una condena diversa. No obstante, dicha sentencia sólo afecta a la entidad predisponente condenada, obligándolo a dejar de insertar esa cláusula abusiva en sus contratos y a dejar de utilizarla en el futuro. Para paliar dicha limitación, se permite por ley dirigir la acción contra varios profesionales del sector económico de forma conjunta,

---

<sup>447</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., p. 308.

<sup>448</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 310-311.

logrando que la sentencia tenga efecto también sobre dichos sujetos para que no utilicen estas mismas cláusulas<sup>449</sup>.

Asimismo, el tribunal que dicta la sentencia podrá ordenar, también, su publicación total o parcial con costos a cargo del demandado vencido, si ésta fuere estimatoria de la acción de cesación en defensa de los derechos e intereses de los consumidores. No se ha previsto de forma general el deber de publicar las sentencias recaídas en los procesos para la tutela de los consumidores, publicidad que sería muy útil para lograr una eficacia real de los pronunciamientos que establecen beneficios concretos para los consumidores<sup>450</sup>.

En el caso de que las sentencias declarativas de nulidad de condiciones generales -ya sea dictadas en acciones individuales o colectivas- se inscriban en el Registro de Condiciones Generales, pueden llegar a tener efecto *erga omnes* vinculando a todos los jueces que entiendan en futuros procesos en los que se solicite la nulidad de la misma condición general utilizada por el mismo predisponente que fue parte en el proceso que culminó con dicha sentencia<sup>451</sup>.

En cuanto a la defensa del consumidor respecto de la utilización de cláusulas abusivas, las acciones de cesación y accesoriamente las de devolución e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación de condiciones generales de contratación abusiva han sido las más utilizadas. Permitiendo que, mediante procedimientos colectivos, se haya logrado combatir la aplicación de cláusulas abusivas de redondeo en alza en los préstamos hipotecarios con interés variable, cláusulas sobre tarifas de aparcamiento público, o ciertas cláusulas abusivas en los contratos de telefonía móvil o televisión digital<sup>452</sup>.

Si bien en el ordenamiento jurídico español ya se ha previsto y utilizado las acciones colectivas en materia de consumidores, actualmente se proyecta una regulación que podría significar un avance significativo en la materia,

---

<sup>449</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 75.

<sup>450</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., pp. 314-315.

<sup>451</sup> NIETO CAROL, U., op. cit., p. 84.

<sup>452</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., p. 306.

permitiendo superar las dificultades y deficiencias de la normativa actual, consagrando la tutela colectiva como una auténtica tutela especial.

El anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores fue aprobado el pasado 20 de diciembre de 2022, como consecuencia de la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Según la directiva, las normas de transposición tendrían que haberse aprobado antes del pasado 25 de diciembre de 2022 y aplicarse a partir del 25 de junio de 2023, no obstante, el anteproyecto de ley español todavía se encuentra actualmente a estudio<sup>453</sup>.

El anteproyecto aspira a terminar con la dispersión normativa en la materia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, articulando un proceso especial que permite establecer un sistema unitario y coherente de tutela colectiva a instancia de las entidades legalmente habilitadas para la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios<sup>454</sup>.

La norma a estudio diseña un procedimiento colectivo especial por el que deberán tramitarse las acciones colectivas de consumidores en sus dos modalidades: cesación y resarcitorias. Las acciones de representación de cesación orientadas a hacer cesar una conducta y prohibir su reiteración futura y las resarcitorias, orientadas a la obtención de una condena a reparar los daños padecidos por los consumidores o usuarios perjudicados por la conducta infractora o la reparación o sustitución de un bien, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado.

Como principales novedades introducidas puede citarse que el anteproyecto propone atribuir el enjuiciamiento de estos procesos a los

---

<sup>453</sup> GARRIGUES, *Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores*, 2023. Disponible en: [https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_acciones\\_de\\_representacion\\_para\\_la\\_proteccion\\_de\\_los\\_intereses\\_colectivos.pdf](https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/anteproyecto_de_ley_de_acciones_de_representacion_para_la_proteccion_de_los_intereses_colectivos.pdf) (consultado el 8/4/2023), p. 1. ZABALLOS ZURILLA, M., «El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: aspectos clave», *Revista Cesco De Derecho De Consumo*, nº 46/2023, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3336/2642> (consultado el 13/11/2023), p. 69.

<sup>454</sup> ZABALLOS ZURILLA, id ibid.

Juzgados de Primera Instancia -con independencia de la materia sobre la que versen- especializados, preferiblemente con ámbito provincial, determinándose la competencia por territorio, principalmente, según el domicilio del demandado. En este proceso, se ha optado por excluir la intervención a título individual de consumidores y usuarios en procesos colectivos, en aras a una gestión más eficaz del proceso. No obstante, reconoce el efecto interruptivo de la prescripción que las acciones de representación producen respecto de la potencial interposición de acciones individuales.

En cuanto a la legitimación activa, el anteproyecto propone cambios de cierta relevancia, en tanto, limita la legitimación al Ministerio Fiscal, la Dirección General de Consumo, los órganos o entidades de las comunidades autónomas y corporaciones locales con competencia en materia de defensa de los consumidores y a las asociaciones de consumidores y usuarios que estén “habilitadas” para el ejercicio de acciones de representación. Esto es, ya no bastará que una asociación por el mero hecho de estar registrada como tal para tener dicha legitimación, sino que deberá cumplir con una serie de requisitos a los efectos de ser habilitada.

A los efectos de garantizar el buen funcionamiento del sistema, el anteproyecto prevé la creación de un Registro Público de Acciones de Representación, de carácter electrónico y con sede en el Ministerio de Justicia donde se inscribiría información relevante de las demandas colectivas admitidas a trámite: su ámbito objetivo y subjetivo, así como los hitos procesales que resulten relevantes para una mejor coordinación entre procesos colectivos<sup>455</sup>. Esta inscripción tiene el objetivo de fomentar la transparencia y el conocimiento de las acciones de representación en trámite, como forma de lograr una adecuada coordinación entre órganos judiciales ante los que pudiera estar en trámite diversos procesos colectivos con objetos idénticos o conexos<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores*, 2023. Disponible en: <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores> (descargado el 08/04/2023).

<sup>456</sup> ZABALLOS ZURILLA, op. cit. p. 75.

También la norma prevé como una novedad destacable que, en todo caso que se pretenda la cesación de una conducta que se estuviera realizando por el proveedor, deberá reclamarse de forma previa a dicho empresario o profesional como requisito de admisibilidad de la demanda, atendiendo a la importancia de la promoción de la solución extrajudicial de litigios. El proceso previsto para la acción de cesación se tramitará por el cauce del juicio verbal, con una contestación por escrito en el plazo de 20 días y con celebración, en todo caso, de vista<sup>457</sup>.

Las novedades más significativas de la propuesta se concentran también en el capítulo III, que contiene el diseño de un procedimiento especial para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias. El anteproyecto opta por un modelo *opt-out*, que consiste en que la sentencia que ponga fin al proceso alcanzará a todos los consumidores afectados, salvo a aquellos que hayan manifestado de forma expresa su voluntad de desvincularse del proceso, haciéndolo constar expresamente a través de una plataforma electrónica. No obstante, se ha previsto dos excepciones en las que el anteproyecto permite que el tribunal acuerde la utilización de un sistema *opt-in* o de vinculación expresa a la acción, de manera que los consumidores deban adherirse de forma expresa a la acción de representación, en los casos en que la cuantía solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los 5.000 euros, en aquellos casos en los que resulte necesario para una buena administración de justicia, y también cuando hayan consumidores afectados que tengan su domicilio en el extranjero<sup>458</sup>. La sentencia que culmina este proceso debe tener un contenido coherente con la complejidad de los litigios en que se ejercen acciones de representación resarcitorias, debiéndose determinar con la mayor precisión posible el grupo de beneficiarios y la concreta prestación que le corresponde a cada uno de ellos, así como disponer los elementos necesarios para facilitar el cumplimiento de las obligaciones que en ella se impongan al demandado<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, op. cit. p. 3; ZABALLOS ZURILLA, op. cit., p. 76.

<sup>458</sup> ZABALLOS ZURILLA, op. cit. p. 77.

<sup>459</sup> ZABALLOS ZURILLA, op. cit. p. 79.

Como forma de promocionar la transparencia y derecho de información, la norma prevé que las sentencias firmes por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas se inscriban obligatoriamente en el Registro de Condiciones Generales.

Asimismo, se busca mejorar la ejecución de los fallos en este tipo de proceso, previéndose para las acciones de cesación, que la sentencia estimatoria de la acción impondrá una multa de entre 600 y 60.000 euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, pudiéndose, además, ordenar la publicación en medios de comunicación de su contenido o de una declaración de rectificación<sup>460</sup>.

Con la transposición normativa se busca crear un marco normativo adecuado, integrado y concreto para la protección de los consumidores y usuario, en particular con la introducción de un procedimiento especial en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita contribuir a una mejor protección de los intereses colectivos del consumidor. La necesidad de trasponer la Directiva ha servido así de oportunidad para ofrecer una reestructuración amplia del régimen de las acciones colectivas<sup>461</sup>.

Es esperable que con la aprobación y entrada en vigor del mencionado anteproyecto de ley España cuente con una regulación legal completa y suficiente sobre el modelo de acciones colectivas, que otorgue seguridad jurídica procesal a los operadores jurídicos implicados, aspirando a que en la práctica sirva para canalizar la tutela judicial de situaciones en que se produzcan lesiones a los derechos e intereses colectivos de los consumidores. Se espera que el anteproyecto signifique un paso importante para poner fin a la dispersión legal en la materia y muestre un esfuerzo del legislador en la búsqueda de una mayor y mejor protección al consumidor en tanto parte débil de la relación de consumo, intentando a su vez proporcionar los mecanismos adecuados para evitar el ejercicio abusivo de las acciones colectivas<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, op. cit., p. 3.

<sup>461</sup> GASCÓN INCHAUSTI, op. cit., p. 1.

<sup>462</sup> ZABALLOS ZURILLA, op. cit. p. 84.

Habiendo repasado las características de estos mecanismos de tutela previstos en el ordenamiento jurídico español, corresponde señalar que consideramos que la previsión de acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores podría llenar un innegable vacío del ordenamiento jurídico nacional, que surge de la necesidad de atender a la realidad de que una sola infracción de un proveedor puede tener la aptitud dañosa de afectar a un grupo o grupos de consumidores, de tal forma que no resulta eficiente que cada uno de estos consumidores deba iniciar un proceso judicial individual. Siendo este una de las grandes desventajas del modelo de control previsto en el ordenamiento jurídico nacional.

Con la incorporación de las denominadas acciones colectivas a nuestro ordenamiento se podría brindar una herramienta procesal adecuada que permita poner en práctica instituciones sustantivas como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, obteniendo una sentencia única que ampare al colectivo afectado por las cláusulas abusivas incorporadas en la contratación por adhesión utilizada por un proveedor en particular.

La instauración de estos procesos colectivos en materia de protección al consumidor presenta indudables ventajas que, aplicadas al instituto de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, representarían una mejora de acceso a la justicia. En efecto, los obstáculos que para el acceso a la justicia enfrentan los consumidores los afectarían con menor intensidad, por cuanto, podrían ser representados sin incurrir necesariamente en gastos, dado que si la acción colectiva es iniciada por el Ministerio Público, por la Unidad de Defensa del Consumidor o por una asociación de consumidores, aquellos no deberán incurrir individualmente en ningún gasto y en el caso de que la acción sea iniciada por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, ellos podrán repartirse los costos de litigar, de forma que los costos de tramitación se abaratarían de forma considerable. Asimismo, la importancia de que la sentencia dictada en estos procedimientos colectivos produzca un efecto *erga omnes*, tendría la ventaja de que con la sentencia se afectará no solo a quienes hayan sido parte en el proceso, sino que también producirá sus efectos respecto de los consumidores que integren el mismo grupo o clase que los consumidores litigantes, aunque no hayan intervenido en el proceso. Por tanto,

mediante este proceso colectivo se lograría la satisfacción de intereses de una mayor cantidad de consumidores, contribuyendo a mejorar el acceso a la justicia.

En otro orden, también es destacable como ventaja, que se podrían eliminar las “pequeñas infracciones masivas” de los proveedores, esto es, aquellas situaciones en las que los proveedores no tenían motivación o incentivo para eliminar las pequeñas fallas o mínimas infracciones que podían existir en la comercialización de bienes o servicios, dado que difícilmente los consumidores accionarían en una demanda individual en su contra, debido a los altos costos de litigar en comparación con el beneficio o indemnización que el consumidor podía lograr. De tal forma que termina funcionando como un mecanismo disuasivo de ilícitos y conflictos, dado que las indemnizaciones a las que puede ser condenado el proveedor resultan más altas que las medidas de prevención de infracciones, fomentando las buenas prácticas comerciales del proveedor.

Sin dudas consideramos que las acciones colectivas podrían ser un buen instrumento para resolver con celeridad, seguridad y economía de medios, la utilización de cláusulas abusivas que afecta a un innumerable grupo de consumidores. Sin embargo, con el marco nacional vigente no tenemos antecedentes jurisprudenciales al respecto, siendo por tanto deseable, el dictado de regulación específica en la materia.



## **Capítulo tercero: Cláusulas abusivas**

Si bien - como hemos visto en el capítulo segundo – en la legislación nacional se consagra un concepto general de cláusulas abusivas en el art. 30 (LRC) y en el ordenamiento jurídico español se señalan una serie de requisitos o elementos que deben cumplirse para que una cláusula se considere abusiva, en los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, el art. 82 del TRLGDCU y el art. 8 de la LCGC, intentaremos brindar un concepto doctrinario que nos sirva de base para ingresar en el estudio del fundamento jurídico de su prohibición y sus clases.

En este sentido, podemos señalar que se denomina cláusulas abusivas a aquellas cláusulas que, insertas en un contrato de adhesión celebrado en el marco de una relación de consumo, provocan un claro e injustificado desequilibrio jurídico entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor, lesionan la buena fe como cimiento contractual o quebrantan el principio de transparencia vulnerando el derecho del consumidor a prestar un consentimiento debidamente informado en el contrato.

Como elementos fundamentales de este concepto nos interesa destacar, en primer lugar, el ámbito objetivo y subjetivo que circunscribe dicho concepto. El concepto de cláusula abusiva se circunscribe a las cláusulas o condiciones generales predispuestas por el proveedor que integran un contrato de adhesión, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, entablada entre un proveedor y un consumidor.

Como segundo elemento nos interesa destacar el efecto desequilibrante que la cláusula debe tener para ser considerada abusiva. Como vimos en el capítulo anterior, este desequilibrio refiere a un desequilibrio jurídico o normativo entre los derechos y obligaciones de los contratantes, descartando por tanto un análisis de equilibrio económico en el contrato. El desequilibrio producido por la cláusula debe ser evidente, esto es, debe surgir con claridad del análisis del contrato en su conjunto e injustificado, es decir, no puede encontrar su justificación en otra cláusula del propio contrato, y finalmente, debe ser en perjuicio de la parte débil del contrato de consumo: el consumidor.

Continuando con el concepto ensayado, nos interesa destacar la trascendencia de la obligación de los contratantes de actuar de buena fe en el contrato de consumo, permitiendo que, en un contrato donde las partes tienen un desigual poder negocial, si el predisponente produce un avasallamiento de los derechos del consumidor mediante una cláusula contractual ésta pueda ser considerada abusiva

Para culminar con el concepto brindado, nos interesa referirnos a la abusividad formal que puede provocar que una cláusula se considere abusiva debido a su falta de claridad en la redacción, el tamaño de letra utilizado o su ubicación descontextualizada dentro del contrato, afectando el principio de transparencia.

### **I. Fundamento jurídico de su prohibición**

En el marco de las relaciones de consumo, se viene a dar un verdadero cambio en las bases fundamentales del Derecho con relación al equilibrio contractual. Tradicionalmente se percibe al contrato oneroso como un contrato equilibrado en el que las prestaciones se consideran equivalentes, tal como expresamente ha consagrado nuestro codificador en el art. 1250 del CC. Dicho equilibrio puede ser considerado de forma objetiva, comparando las prestaciones de las partes o de forma subjetiva, remitiéndose a lo que las partes han percibido como equilibrado. Nuestro CC ha considerado al equilibrio de forma subjetiva, esto es, limitado a la apreciación de los contratantes, extremo que se desprende del propio enunciado, en el que se establece que “se mira como equivalente” poniendo énfasis en un enfoque subjetivo. Esta doctrina del equilibrio contractual se cimienta en la teoría de la autonomía de la voluntad, fundada en la igualdad formal de las partes, que determina que son las propias partes del contrato las que fijan su contenido y las que configuran la equivalencia según su propia voluntad, sin que ningún tercero pueda intervenir en dicha determinación.

En este marco, el control sobre el contenido del contrato solo se habilita en el caso de que se encuentren vulneradas normas imperativas, se afecten las buenas costumbres o el orden público. Sin embargo, esta teoría sufre un giro

copernicano en el ámbito de las relaciones de consumo, habilitando un control de contenido en los contratos de adhesión realizado por un tercero ajeno al contrato como es el juez<sup>463</sup>.

Este cambio de paradigma en el Derecho de los contratos de consumo no es un capricho del legislador, sino que responde a una nueva realidad en la contratación en el ámbito de las relaciones de consumo, que es ajena al ámbito de los contratos paritarios. Se ha entendido necesario poner un freno legislativo a la inclusión de cláusulas que rompen el equilibrio contractual que, de regla, ha de tener un contrato oneroso.

Corresponde recordar, a simple modo de repaso introductorio, que nuestro CC consagra un sistema contractual basado en el principio de la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y el principio de asimilación del contrato a la ley entre las partes. En su art. 1260 se consagra el principio de libertad contractual, que autoriza a las partes a celebrar cualquier contrato, aunque no se encuentre previsto en la Ley, en aplicación del principio general de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 10 de nuestra Constitución). Este principio de libertad contractual debe complementarse con los límites establecidos en el art. 11 del CC, en el que se establece que no pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. Por tanto, las partes tienen la potestad de celebrar los contratos que entiendan convenientes bajo el límite de que no violenten las leyes que contemplan el orden público y las buenas costumbres. En similar sentido, debe complementarse la libertad contractual con el principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Constitución Nacional. Del complemento de ambos principios surge el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para obligarse en un contrato y el reconocimiento del valor de ese contrato resultante como ley misma entre las partes<sup>464</sup>, elevando la autonomía

---

<sup>463</sup> DE CORES HELGUERA, «El concepto de...», p. 665.

<sup>464</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 196-197.

de la voluntad a la categoría jurídica de ley entre las partes, conforme fuere dispuesto en los arts. 1291 del CC y 209 del CCom <sup>465</sup>.

Estos cimientos del Derecho contractual consagrados en el CC, ha tenido que sufrir ciertas modificaciones en el ámbito de contratación de las relaciones de consumo. Si bien el principio de la autonomía de la voluntad continua en plena vigencia en el ámbito contractual fue entrando en una crisis, podría decirse, como consecuencia del quebranto del principio de igualdad, que haría ilusoria la vigencia del principio de libertad. La desproporción o desigualdad económica de los contratantes lleva a que la parte económicamente más fuerte imponga su voluntad a la más débil, haciendo necesaria la intervención estatal mediante la sanción de leyes con carácter de orden público, que retiren ciertas materias de la autonomía de voluntad de las partes, quitando el poder de apartarse de la regulación que en esas leyes se establece <sup>466</sup>.

Ese fenómeno de imposición contractual de la parte fuerte a la parte débil tiene su primera manifestación en los contratos de adhesión, que proliferan como consecuencia de la masificación y la globalización, así como de la practicidad y celeridad requerida en las transacciones comerciales de la vida moderna, extremos que hacen necesario salir del modelo de contrato negociado y precedido por las tratativas entre los contratantes <sup>467</sup>, a los efectos de tener una modalidad ágil de contratación. Este tipo de contratos ha proliferado a partir de la Revolución Industrial como una modalidad contractual que permite la reducción de costos, ya que simplifica la celebración del contrato con el ahorro del costo que tendría negociar los contratos uno a uno, logrando por parte del proveedor una mejora en su gestión, agilizando la contratación y facilitando la división de tareas dentro de la empresa <sup>468</sup>.

---

<sup>465</sup> FERRER MONTENEGRO, A., «Las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad en la contratación mercantil», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 14 (Montevideo: FCU, 2012), p. 110.

<sup>466</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 198-199.

<sup>467</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 204.

<sup>468</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 248.

Concebido el contrato de adhesión como aquel en que la parte más fuerte impone determinadas cláusulas generales en forma unilateral, dispuestas en un sentido favorable para el predisponente y desfavorable para el otro contratante que, siendo económicamente más débil, no tiene otra elección más que aceptar las cláusulas que se le presentan o renunciar a la celebración del contrato<sup>469</sup>, una vez más, el Derecho tuvo que regular una realidad precedente, haciendo necesario el intervencionismo estatal para prohibir la imposición de cláusulas abusivas en este tipo de contratos.

Parte de la doctrina ha intentado justificar la aparición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con el llamado “argumento del precio”, entendiendo que las cláusulas que imponen desventajas para el adherente tienen como contrapartida una disminución en el precio del bien o servicio adquirido. No obstante, parece bastante difícil establecer una relación entre el cálculo del precio realizado por el predisponente y la desventaja consagrada en perjuicio del adherente mediante una cláusula. Este argumento ha sido aceptado por la doctrina cuando la disminución del precio se establece como contrapartida, por ejemplo, de la reducción de responsabilidad del predisponente, pero siempre que se le confiera al adherente la posibilidad de optar por una responsabilidad plena del estipulante aceptando un precio más alto<sup>470</sup>. En este caso, la alternativa conferida al adherente en contrapartida con el precio tendría directa relación con la cláusula eventualmente abusiva, pero sin dudas, el argumento del precio no fundamenta la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en general.

Intentaremos abordar a continuación, los diversos fundamentos que le ha dado la doctrina a este control de contenido del contrato de adhesión que recae sobre la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas. Para empezar, nos plantearemos como desafío para este capítulo, desentrañar cual es el fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Para responder a esta interrogante, realizaremos un breve repaso de las diversas respuestas que ha brindado la doctrina nacional y española sobre

---

<sup>469</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 200-201.

<sup>470</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 214.

el tema, analizando tres grandes hipótesis que pueden agrupar dichas respuestas. La primera de ellas referida a la voluntad del legislador de asegurar la protección de determinados cimientos básicos del Derecho contractual, con sus variantes referidas a la protección del principio de igualdad y libertad contractual, contra el abuso del derecho, el equilibrio y la buena fe en el contrato y el valor del silencio; la segunda hipótesis referida a la protección de contrato como un instrumento para lograr una eficiente asignación de recursos y una última hipótesis referida a estrictas razones de política legislativa.

### **A. Protección de los cimientos básicos del Derecho contractual**

En la doctrina nacional, BLENGIO MASSOLO ha sostenido que la protección del principio de igualdad es lo que fundamenta el régimen de protección contra las cláusulas abusivas. Sostiene el civilista, que el contrato concebido como un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para lograr la justicia distributiva, debe reflejar y respetar el principio de igualdad. Este principio está consagrado en el art. 8 de nuestra Constitución y tiene dos componentes, el subjetivo, referido a la compatibilización de la libertad de las partes (autonomía de la voluntad) y el abuso de poder negocial en los contratos no paritarios y, el objetivo, referente a la proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones y el equilibrio de la relación jurídica creada por el contrato<sup>471</sup>.

La autonomía de la voluntad y en particular, la libertad para contratar, son una manifestación del principio de libertad que constituye un pilar fundamental del contrato. Esa libertad para contratar permite a las personas elegir si contrata o no, elegir el tipo negocial que más se adapte al negocio a celebrar (libertad de decisión) elegir con quien contrata y el contenido del contrato (libertad de configuración) que tendrá luego la fuerza vinculante de

---

<sup>471</sup> BLENGIO MASSOLO, J., «Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte», *ADCU*, t. XXXII (Montevideo: FCU, 2002), pp. 583, 584 y 587. MARIÑO LÓPEZ, A., «El Control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo.», *ADCU*, t. XXXI (Montevideo: FCU, 2001), p. 724.

norma para las partes. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad no es irrestricta y debe estar sometida a los límites del principio de igualdad.

La igualdad y la libertad como derechos constitucionales, aplicables de forma directa en nuestro ordenamiento jurídico -en virtud de lo dispuesto por el art. 332 de nuestra Constitución- junto con la protección contra el abuso de derecho, conforman los tres pilares básicos que fundamentan la necesidad de control estatal en el contrato de adhesión mediante la determinación del equilibrio normativo o jurídico y el consecuente régimen de nulidad de las cláusulas abusivas establecido en nuestro ordenamiento jurídico<sup>472</sup>.

En la doctrina extranjera, SAUX se ha pronunciado en similar sentido, sosteniendo que la restricción al libre ejercicio de la voluntad privada que se establece con la prohibición de las cláusulas abusivas tiene su fundamento en la preocupación del legislador de resguardar a las partes más vulnerables dentro del sistema, respecto de las potencialidades desigualdades generadas en virtud de la disímil posición negocial de las partes. Es esta necesidad de protección la que justifica la operatividad del orden público que limita el libre ejercicio de la voluntad<sup>473</sup>.

En la misma línea, puede ubicarse a parte de la doctrina nacional que considera que el fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas radica en la protección contra el abuso de derecho, que podría llegar a configurarse en el contrato de adhesión en virtud de la predisposición unilateral característica de estos contratos. Recordemos que nuestro Derecho ha consagrado en el art. 1321 del CC el principio general de que quien usa de su derecho no daña a otro, siempre que no haya exceso de su parte, consagrando, por tanto, un límite al ejercicio de los derechos que hace

---

<sup>472</sup> BLENGIO MASSOLO, «Principio de igualdad...», p. 587; BLENGIO MASSOLO, «La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir», *ADCU*, t. XXVII (Montevideo: FCU, 1997), p. 406; GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, pp. 307 y sgts.

<sup>473</sup> SAUX, op. cit. p. 804.

responsable a su titular por el uso de derecho con abuso o exceso, debiendo responder por el daño causado<sup>474</sup>.

En este sentido, SZAFIR SLOTOLOW vincula el fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión al instituto del abuso de derecho (art. 1321 del CC) concebido como el ejercicio de un derecho del que se es titular, pero con un fin contrario al previsto en la norma, o mediante un uso excesivo del mismo. El abuso puede suscitarse en los contratos de adhesión por cuanto existe una parte más fuerte - el proveedor-, que logra la incorporación de las cláusulas deseadas mediante la imposición del contrato, siendo necesario que el legislador otorgue una herramienta jurídica de represión contra dicho abuso, a través de su prohibición y de la declaración de nulidad<sup>475</sup>. Recordemos que los componentes fundamentales para delimitar una cláusula abusiva se refieren a que no haya sido negociada individualmente, así como que le haya sido presentada al consumidor redactada en forma previa por el proveedor, sin que aquel haya podido influir en su contenido<sup>476</sup>. La existencia de desigualdad entre dichas partes y la supremacía del proveedor en ese esquema negocial, permite abusos de éste, moldeando el contenido del contrato en favor de sus intereses y provocando un avasallamiento al consumidor, que sólo puede adherir o no a las condiciones contractuales predispuestas. Esta desigualdad de las partes es la que lleva a la necesidad de equilibrar a los sujetos que integran la relación de consumo, creando mecanismos que garanticen la eliminación de las cláusulas abusivas incorporadas<sup>477</sup>. La consagración del principio de equivalencia contractual o igualdad realizado en el art. 30 de la LRC, viene a reafirmar la búsqueda del legislador de preservar dicho equilibrio frente al sujeto que, por estar dotado de un mayor poder negocial, pretende quebrantarlo. En definitiva, destaca SZAFIR SLOTOLOW, es este principio de equilibrio contractual o de igualdad consagrado

---

<sup>474</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 219.

<sup>475</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 425.

<sup>476</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético ...*, p. 326.

<sup>477</sup> SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 328.

en el art. 30 de la LRC lo que se busca preservar mediante el régimen de prohibición de cláusulas abusivas<sup>478</sup>.

En definitiva, claro está, que, si bien el consumidor podría eludir el abuso mediante la no celebración de un contrato de adhesión con cláusulas abusivas, la necesidad de bienes y servicios lo obliga a contratar con el proveedor. Dicho extremo, sumado a la circunstancia de que, en determinadas ocasiones, los servicios son prestados bajo un sistema de monopolio -como por ej. los contratos de energía eléctrica en nuestro país o de telefonía fija - acaba determinando la falta de otras opciones o alternativas para el consumidor que necesita acceder a estos servicios<sup>479</sup>. Si la única solución que se le brindara al consumidor fuera la no celebración del contrato, es claro que el derecho a que no exista abuso culminaría resultando ilusorio<sup>480</sup>.

GAMARRA SAGARRA ha sostenido que el fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión radica en la debilidad contractual del consumidor que posibilita el abuso del predisponente en la predeterminación del contenido contractual en favor de sus intereses, produciendo un avasallamiento de los intereses y derechos del adherente. Descarta que el fundamento de dicha protección se base en el principio de igualdad y equivalencia contractual, por cuanto, el legislador tutela al consumidor en tanto adherente al contrato. En definitiva, el consumidor no es protegido por ser tal, sino por ser la parte débil adherente en una relación de consumo, en la que adquiere bienes o servicios contratando con un profesional que determina en forma unilateral el contenido del contrato, configurando un contrato de adhesión<sup>481</sup>. Es decir, es su posición de adherente al contrato, lo que determina la necesidad de protección del consumidor frente a los abusos que el contrato de adhesión redactado por el experto pueda contener.

---

<sup>478</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 13.

<sup>479</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 247.

<sup>480</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p.307.

<sup>481</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVI, 1<sup>a</sup> ed. (Montevideo: FCU, 2009), p. 135.

La debilidad del consumidor se origina en el poder normativo del proveedor en la relación de consumo, que determina de antemano y en forma unilateral, cláusulas que el consumidor sólo podrá aceptar o rechazar en bloque, esto es, sin posibilidad de negociar la modificación o exclusión de determinadas cláusulas. Esa debilidad comercial derivada de la no participación en el contenido contractual y el predominio de la voluntad del predisponente es la que justifica la intervención legislativa para dictar normas que eviten los posibles abusos, instaurando un control de inclusión de cláusulas abusivas<sup>482</sup>.

En este sentido, GAMARRA SAGARRA no concuerda con BLENGIO MASSOLO en vincular el fundamento de la prohibición de las cláusulas abusivas y la sanción de su nulidad, al valor sustancial de la igualdad. Por cuanto, si se observa un desequilibrio análogo en un contrato negociado individualmente por el consumidor, aunque haya una disparidad en el poder contractual, no podrá analizarse la abusividad de dichas cláusulas ni el desequilibrio económico por ser justamente, un contrato negociado. Por tanto, concluye que es la debilidad comercial el fundamento de protección por el legislador contra las cláusulas abusivas, siendo la falta de participación del consumidor en las tratativas, o, mejor dicho, la ausencia de tratativas en el contrato de adhesión lo que justifica tal protección. La Ley sanciona el abuso del poder normativo en la predisposición unilateral del contrato, siendo éste el punto crucial de la protección contra las cláusulas abusivas<sup>483</sup>.

La situación de debilidad comercial del consumidor provoca, entonces, que se encuentre particularmente expuesto a un ataque debido a dicha debilidad y lo hace propenso a sufrir abuso por parte del predisponente, originando la necesidad de protección que justifica el control sobre las cláusulas abusivas<sup>484</sup>.

En sentido análogo, ORDOQUI CASTILLA ha sostenido que la importancia del tema de la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos de

---

<sup>482</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. XXVI, pp. 138-139; GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 279; BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 243.

<sup>483</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...* t. XXVI, pp. 140-142.

<sup>484</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., pp. 130-131; BELLEGARRIGUE PINO, op. cit., p. 245.

adhesión tiene su origen en la preocupación por el débil. Se busca evitar discriminaciones o abusos injustificados que pueden darse cuando en una contratación se enfrentan partes fuertes y débiles. Esa misma protección por el débil en la contratación es la que fundamenta que, con la entrada en vigencia de la Ley nº 18.159 de regulación de la libre competencia, se busque evitar las cláusulas abusivas y se prevea el abuso de posición dominante, evitando que el empresario pequeño que carece de poder negociador sea abusado o explotado por el fuerte. Por tanto, nuestro Derecho no discrimina ante el abuso y los débiles, sino que evidencia una necesidad de protección en las diferentes situaciones de debilidad contractual que propician la utilización de la unilateralidad o predisposición contractual como abuso<sup>485</sup>.

La ausencia de negociación en el contrato de adhesión, es decir, la real incidencia de la voluntad del consumidor sobre el contenido del contrato, opera como un supuesto fáctico clave en la determinación de la abusividad, dado que conforma la circunstancia propicia para que se le impongan cláusulas abusivas en beneficio de una sola de las partes, realizando un ejercicio abusivo del derecho de contratar. La falta del poder negociador de una de las partes, es decir, la unilateralidad en la elaboración del contrato determina la vulnerabilidad del consumidor, haciendo posible que se le impongan en forma unilateral cláusulas en sustitución del consentimiento, por la necesidad o la confianza como determinantes de la aceptación. Donde existe necesidad de contratar sin posibilidades de negociar, se da una relación de dependencia económica y, por tanto, faltando la igualdad y la libertad en el plano de la realidad, el Estado debe intervenir supliendo las consecuencias, o en su defecto, los principios generales del derecho como el de la buena fe, en búsqueda de una relación contractual más justa<sup>486</sup>. Esta realidad impone una necesaria lucha para evitar la abusividad, dejando de lado los equilibrios formales para considerar el contenido del contrato, buscando desterrar los desequilibrios reales mediante la prohibición de las cláusulas abusivas.

---

<sup>485</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con...», pp. 304-305.

<sup>486</sup> ORDOQUI CASTILLA, id., pp. 308 - 311.

Sin embargo, si bien es en el estado de sumisión o necesidad del adherente en lo que se funda la ineficacia de las cláusulas abusivas, no podemos dejar de puntualizar que en el plano jurídico el consentimiento del consumidor es libre, ya que está en condiciones de rechazar la propuesta. Su consentimiento es válido mientras no exista violencia. La ineficacia de las cláusulas abusivas se impone únicamente por la violación del principio general de la buena fe y la necesaria intervención legislativa en protección contra el abuso<sup>487</sup>.

En un sentido coincidente, en el Derecho europeo se ha sostenido que la razón que justifica el control de las cláusulas abusivas en la Directiva Europea 13/93 es el carácter predispuesto de los contratos de adhesión y la unilateralidad con la que han sido incorporadas sus cláusulas. Se busca limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de forma que solo pueda establecer condiciones homologables por el legislador, esto es, coherentes con el Derecho dispositivo, los usos y la buena fe. La mayoría de las cláusulas concretas calificadas como abusivas y prohibidas por ser tales no serían objetables si estuvieran incorporadas en un contrato negociado, dado que en este caso faltaría la predisposición unilateral que es fundamento del control de las cláusulas abusivas y es el elemento que las torna reprochables. Por tanto, la prohibición de las cláusulas abusivas reposa sobre la idea de imponer un límite al poder negocial de quien aspira a redactar un contrato en forma unilateral, vedándole un apartamiento injustificado de las normas y principios de Derecho dispositivo, en virtud de la configuración unilateral del mismo<sup>488</sup>.

El control sobre el contenido de las condiciones generales en el ámbito de las relaciones de consumo se justifica por la ausencia de una plena autodeterminación del adherente, que lo coloca en una situación de especial vulnerabilidad, posibilitando que se introduzcan cláusulas contrarias a sus

---

<sup>487</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho...*, t. IX, p. 287.

<sup>488</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales». *Anuario Jurídico de La Rioja*, n° 4 (La Rioja: Universidad de La Rioja, 2013), p. 62.

intereses sin que se repare en ello al momento de contratar<sup>489</sup>. Es justamente esta posibilidad la que el legislador comunitario quiso limitar, mediante la incorporación de la prohibición de las cláusulas abusivas, evitando que la unilateralidad de las condiciones generales culmine tornándose en cláusulas abusivas.

Recordemos que el poder normativo del predisponente se asimila al poder del legislador, por cuanto tiene el poder de redactar las condiciones generales en forma unilateral formando una ley a la que se someterán las partes. Es esa unilateralidad la que posibilita que se incurra en un abuso y justifica la necesidad de protección del consumidor contra las cláusulas abusivas, en una búsqueda por combatir una forma de abuso manifiesta: la unilateralidad como abuso.

## **B. Protección del contrato como instrumento para la eficiente asignación de los recursos**

Desde otro punto de vista, orientado más a un análisis económico del Derecho, podría decirse que el fundamento de la prohibición y control contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión radica en la protección del contrato como instrumento para lograr una eficiente asignación de recursos. En la doctrina nacional, MARIÑO LÓPEZ ha establecido que la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión ocasiona un doble efecto pernicioso, por un lado, perjudica al consumidor adherente, por cuanto, provoca decisiones no racionales, dado que por falta de información no toma en consideración la calidad de las condiciones generales (que por lo general ignora) y por otro, se produce un perjuicio para las empresas que presentan mejores condiciones, dado que terminan ofreciendo precios altos por sus altos costes, en relación con las empresas que ofrecen condiciones de peor calidad. Este doble efecto pernicioso, provoca una disfunción en el contrato de adhesión, creando un contrato que deja de ser un instrumento para la eficiente asignación de los recursos, realizándose una asignación irracional de éstos.

---

<sup>489</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., p. 281.

Esta disfunción en el contrato podría considerarse el fundamento de la intervención legislativa para controlar el contenido del contrato de adhesión, así como el fundamento de la prohibición de la incorporación de cláusulas abusivas que ocasionan dichas disfunciones, dando lugar a controles abstractos o concretos, según el sistema de control elegido por la normativa de cada país<sup>490</sup>.

Su postura es compartida en la doctrina española por MORALES QUINTANILLA, quien destaca que la incorporación de cláusulas abusivas eleva los costos de transacción, por cuanto, las partes se verán forzadas a asumir mayores costes de transacción al tener que emplear recursos en la prevención y protección de conductas oportunistas de la contraparte, convirtiendo la contratación en costosa. En virtud de ello, es económicamente racional que existan deberes impuestos legalmente como el de la buena fe, con el objeto de que las partes tengan la confianza en que cualquier conducta oportunista será legalmente neutralizada<sup>491</sup>.

## **Nuestra posición**

En síntesis, hemos realizado un compendio y elaborado alguna hipótesis de los posibles fundamentos jurídicos del régimen prohibitivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que han sido desarrollados por nuestra doctrina. Más allá del incuestionable respeto que nos merecen todas las posturas desarrolladas y de la indiscutible autoridad académica de sus expositores, me permito disentir con algunas de ellas.

Es preciso señalar que alguno de los fundamentos expuestos en el presente trabajo podría considerarse el fundamento jurídico de la protección respecto de determinadas clases de cláusulas abusivas, sin embargo, no como el fundamento de la prohibición general de cláusulas abusivas. En concreto, la protección del equilibrio contractual puede fácilmente considerarse como el fundamento esencial de las cláusulas abusivas que integran el grupo o clase

---

<sup>490</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de contenido ...», p. 725.

<sup>491</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., p. 284.

que puede denominarse «*cláusulas desequilibrantes*». Por su parte, la protección de la buena fe contractual puede tomarse como fundamento de la clase de cláusulas abusivas contrarias a la buena fe. En igual sentido, la protección del valor del silencio puede fundamentar las cláusulas abusivas en las que se consigna que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato. No obstante, en principio, ninguna de las tres hipótesis citadas parecería fundamentar la esencia de la prohibición de las cláusulas abusivas, sino más bien a un grupo o clase de éstas.

Por nuestra parte, nos inclinamos por compartir los desarrollos doctrinales que colocan el fundamento de las cláusulas abusivas en la protección del equilibrio contractual y la prohibición de la unilateralidad como abuso. Ciertamente creemos que la intervención del legislador se fundamenta más que en una búsqueda por garantizar la igualdad en el contrato de adhesión, en una búsqueda de protección del equilibrio contractual como un principio fundamental que el contrato celebrado en el marco de una relación de consumo debe respetar. Así como, sin dudas, la intervención legislativa y judicial respecto a las cláusulas abusivas se fundamenta en la necesidad de la protección contra el abuso, en virtud de la unilateralidad en la formación del contrato que determina que el predisponente tenga la posibilidad de abusar de su posición negocial obteniendo un aprovechamiento injusto de la debilidad negocial del consumidor. Los argumentos jurídicos sostenidos por ambas posiciones citadas son, a nuestro entender, los que logran plasmar el fundamento jurídico de la prohibición de cualquier grupo o clase de cláusulas de adhesión en los contratos de adhesión.

## **II. Clases de cláusulas abusivas**

Una vez efectuado el análisis conceptual de las cláusulas abusivas y el fundamento de su prohibición, nos abocaremos a realizar un análisis de los diferentes tipos de cláusulas abusivas. Podemos decir que existen fundamentalmente 3 clases de cláusulas abusivas en los contratos de

adhesión: las cláusulas desequilibrantes, las cláusulas contrarias a la buena fe y las contrarias al principio de transparencia.

### **A. Cláusulas desequilibrantes**

Esta primera clase de cláusulas abusivas refieren a un tipo de cláusula cuyo contenido produce, fundamentalmente, un desequilibrio claro, evidente e injustificado en perjuicio del consumidor como parte débil de la relación contractual. Se trata de cláusulas que afectan el sinalagma propio de los contratos bilaterales en menoscabo del consumidor, afectando el principio de equilibrio contractual<sup>492</sup>.

Para determinar si nos encontramos ante esta clase de cláusulas abusivas, se deberá efectuar un examen objetivo del equilibrio de las cláusulas contractuales. Al respecto, ORDOQUI CASTILLA enseña que dicha ponderación deberá efectuarse considerando: *a-* la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato al momento de su perfeccionamiento, *b-* la cláusula no de forma aislada, sino en el entorno de todo el contenido contractual -no de forma abstracta-, *c-* la obligación o derecho correlativo de la cláusula y *d-* el derecho dispositivo vigente respecto del contrato en cuestión y los usos y costumbres<sup>493</sup>.

En este mismo sentido, la doctrina española ha sostenido que se deberá determinar si la reglamentación contractual consagra una distribución equitativa de los derechos y obligaciones que contemple los intereses de ambas partes y no sólo del predisponente. A pesar de esto, la sola reciprocidad o igualdad de derechos y obligaciones de las partes no garantiza indefectiblemente un equilibrio contractual. Tal como sucede en el caso de que el contrato contenga una cláusula de convenio arbitral, obligando a ambas partes a acudir ante un tribunal arbitral para hacer efectivos sus reclamos. A pesar de ser una cláusula recíproca, en tanto ambas partes quedan sometidas a igual limitación, ocasiona desventajas en el adherente para ejercer su derecho defensa, ya sea como

---

<sup>492</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 431; ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 343.

<sup>493</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 348.

demandado o como demandante, debiendo afrontar los gastos asociados a la comparecencia ante un tribunal arbitral, los cuales pueden ser insignificantes para el proveedor, pero no así para el consumidor. En este caso, la reciprocidad de la limitación no implica necesariamente un equilibrio contractual<sup>494</sup>.

A los efectos de determinar si una cláusula es desequilibrante debe determinarse, primeramente, si se ha producido un desequilibrio en perjuicio del consumidor y en segundo término habrá que analizar si dicho desequilibrio es injustificado. Pues, no todo desequilibrio en perjuicio del consumidor tiñe a las cláusulas que lo consagran como abusivas. Debemos actuar con particular cuidado en la ponderación de los desequilibrios y abusos, dado que está en juego la seguridad jurídica, debiéndose descartar que no se trate de una distribución de derechos y obligaciones que se encuentre dentro del álea normal del contrato, debiéndose distinguir si el desequilibrio está dentro de lo normal o no<sup>495</sup>.

Para determinar si el desequilibrio producido es injustificado, es necesario la utilización de un criterio objetivo. La doctrina es conteste en utilizar como parámetro la comparación de lo establecido en la cláusula con lo establecido en las normas dispositivas o supletorias, ya que es en éstas donde el legislador ha consagrado lo que considera como razonable y equilibrado para el contrato regulado. Si la cláusula objeto de análisis efectúa un apartamiento de la solución jurídica prevista por el legislador, deberá analizarse si el apartamiento del modelo de razonabilidad ha sido realizado sin un motivo justificado, pues sólo en dicho caso podemos hablar de una cláusula abusiva desequilibrante.

Asimismo, se ha establecido la necesidad de ponderar no solo del apartamiento de la cláusula respecto del Derecho dispositivo vigente sino también de ciertos usos y costumbres, dado que, en definitiva, se presupone

---

<sup>494</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 291-292.

<sup>495</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., pp. 347 y 349.

que, si los contratantes hubieran estado en posición de igualdad habrían pactado en consideración de dichos elementos y las circunstancias del caso<sup>496</sup>.

Este criterio objetivo ha sido utilizado no sólo por la doctrina nacional, sino también por la doctrina y jurisprudencia española que ha sostenido que para determinar si una cláusula es equilibrada se debe comparar con la reglamentación ideal del contrato, consagrada en el Derecho dispositivo<sup>497</sup>. En el caso de que la cláusula en estudio se desvíe de lo regulado en el Derecho dispositivo, deberá analizarse si existe una justificación para ello y si las cláusulas derogan el Derecho dispositivo sin justificación, serán abusivas<sup>498</sup>. Toda vez que haya un apartamiento del modelo dispuesto por el legislador para favorecer desproporcionadamente la posición del proveedor predisponente, sin una contrapartida para el consumidor que lo justifique, nos encontraremos ante una cláusula abusiva<sup>499</sup>. Si del análisis integral del contrato, de todo su contenido y de las circunstancias que concurrieron al momento del perfeccionamiento del contrato, no surge, entonces, un motivo justificado que compense dicho apartamiento, la cláusula sería abusiva por desnaturalizar las obligaciones contractuales o provocar un desequilibrio no justificado. Así, por ejemplo, el contrato puede quedar desnaturalizado cuando las obligaciones que conforman la esencia de aquel o su causa terminan por ser desvirtuadas por las irresponsabilidades pactadas en relación con las obligaciones esenciales, o las facultades especiales que se le consagran a una de las partes, culminándose por afectar la función misma del contrato<sup>500</sup>.

Es importante señalar, que el desequilibrio a que refieren las normas nacionales y españolas refiere a un desequilibrio jurídico o normativo, no

---

<sup>496</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 348.

<sup>497</sup> En este sentido ha quedado establecido en el considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE y en el art. 4.2 de la LCGC, en el que se reconoce esa presunción de equilibrio de las normas legales dispositivas, al no someter a control de contenido las cláusulas declarativas, esto es, las cláusulas que reproducen normas legales o administrativas de carácter general.

<sup>498</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., p. 299.

<sup>499</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 13; SZAFIR SLOTOLOW, *Consumidores. Análisis Exegético...*, p. 329.

<sup>500</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit. p. 354.

económico<sup>501</sup>, esto es, no refiere a un desequilibrio en el valor económico entre las prestaciones en juego de las partes. Por el contrario, refieren a un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que asumen las partes en el contrato, evaluadas, no en forma específica, sino entre el conjunto de prestaciones que nacen en el contrato y el entramado de derechos y obligaciones contractuales<sup>502</sup>. Supone una desnaturalización de la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, un agravamiento de sus obligaciones, sin que se le otorgue algún beneficio o contrapartida que justifique la creación del desequilibrio inicial, creando una disparidad entre las obligaciones de los contratantes. Esta disparidad, es contraria al principio de equilibrio contractual o de igualdad consagrado en el art. 30 de la LRC que se busca preservar mediante el régimen de cláusulas abusivas<sup>503</sup>.

La consagración de este desequilibrio contractual significativo es posible por el abuso del poder de negociación del que goza el contratante predisponente, sustentado en la información, conocimiento del contenido contractual y poder técnico utilizado para consolidar su posición dominante en el contrato<sup>504</sup>.

El desequilibrio jurídico o normativo al que refiere esta clase de cláusula abusiva excluye el desequilibrio económico que puede producirse en referencia al bien o servicio, o al precio o contraprestación, según lo dispone el inciso final del art. 30 de la LRC. La exclusión del análisis del equilibrio entre el precio y el bien o servicio contratado (prestaciones principales del contrato) tiene su fundamento en que el consumidor al contratar tiene presente el precio del bien o el servicio, es decir, tiene en cuenta las prestaciones principales, pero no las condiciones normativas o generales del contrato, extremo que hace a este último ámbito como el propicio para que se produzcan los abusos. Siendo necesario poner cortapisas a la libre formulación de las condiciones generales

---

<sup>501</sup> Así lo ha entendido también la jurisprudencia nacional. Véase al respecto, entre otras, la STAC 5° Turno n° 36/2012, 28 de marzo (GRADIN ROMERO, E.).

<sup>502</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas abusivas...», p. SE-74 – SE-75; ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 342; SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 427.

<sup>503</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 13.

<sup>504</sup> NICOLAU y STIGLITZ, op. cit., p. 834.

para evitar que se consagre desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes<sup>505</sup>. Sin embargo, esto no significa que el equilibrio económico sea una zona vedada al control de abusividad de las cláusulas referentes a las prestaciones esenciales del contrato, sino que la norma ordena que los desequilibrios económicos sólo serán relevantes ante la falta de claridad o comprensión. Esto es, si las cláusulas referentes al producto o servicio y precio o contraprestación se encuentran enunciadas de forma clara y comprensible, no se habilita el ingreso al análisis del desequilibrio económico entre las prestaciones, pero la falta de claridad o comprensión de la cláusula permite el acceso al control de los desequilibrios económicos injustificados y significativos sobre dichas cláusulas<sup>506</sup>. Esto no determina que se deba controlar si el precio es justo o no, o si las prestaciones son equivalentes en forma milimétrica, sino que se trata de que exista una razonable y justificada correspondencia en la proporcionalidad que se ubique dentro del álea normal del contrato<sup>507</sup>. Esto denota la intención del legislador, de reservar la abusividad para el desequilibrio normativo o jurídico, dejando fuera el desequilibrio económico, por cuanto el consumidor tiene libertad de decisión en cuanto al objeto y al precio por el cual contrata<sup>508</sup>. No obstante, la norma ha dejado esta vía de escape para el intérprete, en el caso de que estas cláusulas estén redactadas de forma de pasar inadvertidas o confundir al consumidor, en protección de la transparencia contractual y del consentimiento informado de la parte débil del contrato.

En este sentido, parece importante señalar que una parte de la doctrina sostiene que, si bien en principio el legislador consagró una separación entre el desequilibrio normativo y el económico como viene de verse, no siempre podría sostenerse que haya una separación tan tajante. Pues bien, podría suceder, que una cláusula que aisladamente pueda considerarse abusiva por provocar un desequilibrio en perjuicio del consumidor tenga su razón de justificación en

---

<sup>505</sup> DE CORES HELGUERA, op. cit., p. 668.

<sup>506</sup> ORDOQUI, op. cit., p. 343.

<sup>507</sup> ORDOQUI, op. cit., p. 370.

<sup>508</sup> MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas abusivas...», p. SE-75.

una rebaja del precio del producto o servicio, que hace que la operación económica regulada en el contrato considerada en su globalidad o conjunto termine siendo equilibrada o adecuada<sup>509</sup>. Si bien en principio, podría ser compatible esta afirmación, entendemos que daría lugar a una discriminación en la protección del consumidor del contratante débil, por cuanto se estaría negando la protección contra una cláusula desequilibrante a quien adquirió un producto o servicio a un bajo precio y, sin embargo, se estaría protegiendo al consumidor que tiene la posibilidad económica de adquirir el mismo producto o servicio a un precio más elevado.

Finalmente, es importante destacar que el desequilibrio jurídico producido por la cláusula debe producir un perjuicio al consumidor, entendido no como un daño patrimonial o extrapatrimonial, sino como un disfavor o desequilibrio en tanto parte débil en el negocio<sup>510</sup>. No es necesario que exista un perjuicio patrimonial por la cláusula, por el contrario, basta con que haya una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra como parte en el contrato, en relación con la consagrada en las disposiciones normativas aplicables. Ya sea porque establezca una restricción al contenido de los derechos que según la normativa le confiere el contrato, porque establece un obstáculo al ejercicio de dichos derechos, o porque le imponga al consumidor una obligación adicional no prevista en las normas<sup>511</sup>.

La norma exige un desequilibrio en perjuicio del consumidor, pero no exige que en contrapartida se derive un beneficio para el proveedor, sino que dicho beneficio puede ser en favor de un tercero o de sujetos indeterminados. Pues, tal como está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, el único requisito exigido es que del desequilibrio resulte un perjuicio para el consumidor, no exigiéndose que implique un beneficio para el proveedor<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar la abusividad de una cláusula en los contratos regulados por la Ley 17.250», *ADCU*, t. XXXIV (Montevideo: FCU, 2004), p. 491.

<sup>510</sup> SZAFIR SLOTOLOW, D., «Contrato de Adhesión...», p. 426.

<sup>511</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., p. 294.

<sup>512</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar...», p. 494.

Dentro de esta clase de cláusulas abusivas podemos citar las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al proveedor, o también las que restringen la defensa o limitan los derechos de los consumidores<sup>513</sup>, como es el caso de la previsión de una multa por incumplimiento del contrato para el consumidor, sin que se prevea una sanción para el caso de incumplimiento del proveedor, provocando un desequilibrio injustificado para el consumidor<sup>514</sup>. Asimismo, puede citarse a modo de ejemplo, las cláusulas que suelen incluirse en los contratos bancarios referentes al valor probatorio de la certificación expedida por la entidad bancaria como prueba suficiente de la cantidad bancaria. Este tipo de cláusulas solo deben ser admisibles en el caso de que se prevea la admisión de prueba en contrario, pues, en dicho caso, el consumidor mantiene su derecho a valerse de los medios de prueba que estime convenientes y que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, como, por ejemplo, en nuestro país, una solicitud de revisión por el Instituto Técnico Forense del Poder Judicial. No obstante, si la cláusula encierra además una limitación de los derechos del consumidor de ofrecer prueba en contrario a dicha certificación bancaria, consideramos que debería calificarse como una cláusula abusiva.

## **B. Cláusulas contrarias a la obligación de actuar de buena fe**

Pasaremos ahora a analizar la segunda clase de cláusulas abusivas, las contrarias a la obligación de actuar de buena fe. Éstas si bien conforman un grupo de cláusulas diferentes a las que acabamos de ver, no puede negarse que la propia existencia de desequilibrios en la distribución de los derechos y obligaciones en el contrato encierra un proceder alejado de la buena fe objetiva con la que se debe proceder al contratar<sup>515</sup>. No obstante, siendo dos criterios

---

<sup>513</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar...», p. 494.

<sup>514</sup> Una cláusula de este tenor ha sido declarada abusiva por el TAC 7° en STAC 7° Turno n° 19/11, 16 de febrero (BELLO ASTRALDI, G.) en tanto en el caso sólo se prevé el incumplimiento del jugador, pero no se ha pactado nada ante el eventual del contratista, siendo ahí que se crea el desequilibrio habilitante de la declaración de nulidad de la cláusula y consiguiente integración del contrato.

<sup>515</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 344.

de determinación de la abusividad diferente, dan lugar a dos grupos de cláusulas abusivas que se caracterizan por elementos propios.

Esta clase de cláusulas abusivas refiere a aquellas violatorias de la buena fe objetiva. Esto es, de la regla de conducta que impone a los contratantes, un comportamiento honesto, leal, recto y solidario<sup>516</sup>.

Esta clase de cláusulas abusiva se caracterizan por ser violatoria del principio general del Derecho de la buena fe, principio que rige en toda la vida del contrato, tal como lo establecen los arts. 16 y 1291 inciso 2º del CC<sup>517</sup>, art. 209 del CCom y que tiene, además, salvaguardia constitucional en los arts. 8, 10, 72 y 332 de nuestra Constitución.

Deberá analizarse el comportamiento acorde a la buena fe de acuerdo con un modelo de conducta abstracto exigible en las normas de Derecho dispositivo. Debiéndose comparar las soluciones incorporadas por el proveedor en las cláusulas contractuales, con la conducta debida de los contratantes de acuerdo con las reglas de la buena fe, para determinar si la cláusula es violatoria de dicha obligación de actuar de buena fe<sup>518</sup>.

Esta clase de cláusula por su amplitud opera como un concepto red en la norma, brindando al intérprete un instrumento para la tutela del contratante débil, que permite determinar la nulidad de una cláusula cuando se haya violado la obligación de actuar de buena fe tanto en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o ejecución del contrato, según lo dispuesto en el art. 32 de la LRC<sup>519</sup>.

Debemos descartar la necesidad de que el predisponente despliegue una conducta dolosa para encontrarnos ante esta clase de cláusulas abusivas, esto es, que tenga la consciencia y el ánimo de incorporar cláusulas desequilibradas en su favor. Es decir, tal como ha sido sostenido por la doctrina

---

<sup>516</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 433.

<sup>517</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 352.

<sup>518</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar...», p. 495; BELLEGARRIGUE PINO, C., op. cit., p. 246; MARIÑO LÓPEZ, «El control de las cláusulas abusivas en...», p. SE-75.

<sup>519</sup> BLENGIO MASSOLO, J., «Los criterios para determinar...», p. 496; SZAFIR SLOTOLOW, «Cláusulas abusivas, buena fe...», p. 14.

européa, la mala fe queda fuera de la definición legal de cláusula abusiva, en cuanto aquella supone una actuación contraria a la buena fe con conocimiento de estar obrando de esa forma. Sin embargo, es irrelevante la intención o conciencia del accionar del predisponente. Aun cuando el predisponente no fuere consciente de los desequilibrios que impuso a la contraparte, es decir, que no los haya impuesto de forma intencional, no puede dejar de ponderarse su actuación contraria a la lealtad, honradez y colaboración como contratante y el desequilibrio objetivamente considerado<sup>520</sup>. La norma se refiere a la buena fe objetiva como un standard de conducta al que debe adecuarse el comportamiento del predisponente, referido a una conducta de honestidad, lealtad y de consideración hacia la otra parte, con el debido respeto de los intereses de ésta, descartándose la exigencia de prueba de una intención o voluntad de obrar contra la buena fe<sup>521</sup>.

La buena fe es la razonable confianza en que el contenido y la ejecución de las prestaciones del contrato son conformes con lo que el ordenamiento jurídico considera, en el caso, como justo y razonable. Quien busca abusar de la confianza, de la inexperiencia, de la falta de información o de una necesidad o dependencia de su contraparte, actúa en forma desleal y deshonesto, con falta de colaboración, apartándose del modelo de conducta de la buena fe objetiva<sup>522</sup>.

El principio de buena fe opera entonces como una barrera al oportunismo del predisponente, que puede aprovechar la elaboración del contrato de adhesión en el que se incluyen cláusulas que pueden sustituir el Derecho dispositivo aplicable al contrato, para incluir cláusulas que no sean objetivamente equilibradas. Por esto el Derecho impone el principio de buena fe como un límite o incentivo para que se incluyan cláusulas equilibradas y en caso de que no lo sean, el ordenamiento jurídico se encargará de neutralizarlas, considerándolas abusivas<sup>523</sup>.

---

<sup>520</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 349.

<sup>521</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 286-287.

<sup>522</sup> ORDOQUI CASTILLA, op. cit., pp. 350-351.

<sup>523</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., p. 287.

Igualmente, la buena fe no solo aparece en la LRC como un criterio para la determinación de la abusividad de una cláusula, sino que es consagrada, también, como una obligación de rango legal para el proveedor en su art. 32, cuyo incumplimiento tanto en la etapa contractual como precontractual abre la opción al consumidor de solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos más los daños y perjuicios ocasionados<sup>524</sup>.

Podemos citar, a modo de ejemplo de esta clase de cláusulas, a aquellas que facultan al emisor de la tarjeta de crédito a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación del usuario, en tanto dicha conducta del proveedor estaría asignando un valor positivo al silencio del consumidor, siendo una actuación claramente contraria a la buena fe. Asimismo, pueden citarse dentro de esta clase, las cláusulas de exoneración de responsabilidad en base a las cuales el proveedor pretende no responder incluso en caso de culpa, en tanto, en el marco de un contrato de adhesión en el que se destaca el desequilibrio del poder de negociación, la inclusión de una cláusula de exoneración de dicho tenor violentaría el principio de la necesaria ejecución de los contratos de buena fe. También aquellas cláusulas que pactan costos para el tarjetahabiente que se corresponden con obligaciones de la propia entidad emisora de la tarjeta de crédito, como es el caso de las que usualmente se incorporan en los contratos de emisión de tarjetas de crédito en virtud de las cuales se imponen costos al usuario por la comunicación que debe cursar la entidad emisora de la tarjeta de crédito a la red de comercios adheridos en caso de no validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión contractual.

### **C. Cláusulas contrarias al principio de transparencia**

Finalmente, podemos referirnos a una tercer y última clase de clase de cláusulas abusivas, las cláusulas contrarias al principio de transparencia, mencionadas en la LRC como cláusulas abusivas por su forma. Prefiero referirme a ellas como contrarias al principio de transparencia en vez de utilizar

---

<sup>524</sup> BUTTERI CARDOZO y FLORES MORENO, op. cit., p. 251.

la denominación legal citada, por cuanto, en esencia, es lo que se busca proteger con la consagración de la abusividad formal.

Se concibe a la transparencia como la necesidad de brindar información clara y correcta respecto al bien o servicio que será vendido y sobre las condiciones contractuales que serán suscritas con el consumidor. El proveedor en su calidad de predisponente con conocimiento profesional, debido a la habitualidad en la celebración de negocios similares, tiene una obligación de facilitación del conocimiento al consumidor. Esto es, está obligado a otorgar al consumidor la posibilidad de conocimiento de las condiciones contractuales. No se exige un conocimiento efectivo del consumidor, al contrario, basta con que se le otorgue una razonable oportunidad para entender los términos del negocio, debiendo el consumidor en base al modelo de cliente medio, contraer una diligencia de interpretación<sup>525</sup>. Es claro que no puede responsabilizarse al proveedor por la desidia o impericia del consumidor, no obstante, siempre se centrará el análisis en la determinación de si el consumidor tuvo a su alcance los términos del contrato a celebrar, así como la información suficiente y clara respecto al producto o servicio a adquirir.

Se ha considerado a la violación del principio de transparencia como un criterio de valoración de abusividad autónomo al desequilibrio normativo, dado que la oscuridad de una cláusula puede causar que el objeto contractual sea indeterminado, haciendo necesaria la intervención del juez por su oscuridad, en forma independiente de si causa o no un desequilibrio sustancial en los derechos y obligaciones. Sin embargo, la citada posición no es pacífica. Otra parte de la doctrina ha sostenido que la falta de transparencia no ocasiona la ineficacia de una cláusula, sino que cumple un rol instrumental para determinar si se ha provocado o no un desequilibrio sustancial. Entonces, el deber de transparencia y equilibrio contractual se entremezclan en el control de validez de las condiciones generales, dejando a un lado la clásica distinción entre control formal y control de contenido de la normativa europea<sup>526</sup>. En este sentido, en la doctrina nacional, BLENGIO MASSOLO y ORDOQUI CASTILLA

---

<sup>525</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., pp. 325-327.

<sup>526</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 319.

sostienen que la violación del principio de transparencia tiene la consecuencia de ensanchar el campo de la materia sometida al juicio de abusividad, según lo dispone el art. 30 de la LRC, pudiendo ingresar a su análisis en las cláusulas referentes al precio o contraprestación, pero no es susceptible de determinar por sí sola la abusividad de la cláusula referida a las prestaciones. Por tanto, si la cláusula no es clara y violenta el principio de transparencia, esto no es suficiente para que la cláusula sea calificada como abusiva, sino que debe analizarse si cumple con alguno de los dos criterios de abusividad consagrados en la normativa: la buena fe y el equilibrio<sup>527</sup>. Por tanto, para este sector de la doctrina nacional, la regla de la transparencia asume un rol meramente instrumental en el juicio del carácter abusivo de las cláusulas, pero nunca determina la abusividad por sí misma, cumpliendo el rol de abrir una puerta a la valoración de cláusulas que estarían excluidas, en principio, del control de contenido, como las referentes al precio o contraprestación<sup>528</sup>.

Nos permitimos disentir con la postura que acabamos de desarrollar, por cuanto, sin duda la violación de la regla de la transparencia cumple el rol de ensanchar el ámbito del control de contenido de las cláusulas abusivas, por permitir ingresar al análisis de las cláusulas referentes a las prestaciones de las partes en el contrato de adhesión. Sin embargo, además de esto, obsérvese que el rango de importancia que el legislador le confiere a la regla de transparencia en la LRC y como se verá, posteriormente en la LMPE, nos muestra que su trascendencia en materia de cláusulas abusivas es aún mayor y no desempeña un mero rol instrumental.

La LRC consagra la regla de transparencia, como una rama desprendida del árbol de la buena fe<sup>529</sup>, no sólo en su art. 30, sino además desde la consagración del derecho básico a la información de consumidor disciplinado en los arts. 6 literales C y D, los deberes de información en la oferta disciplinados en los arts. 13, 15, 17 y 19 a 21, en la publicidad (art. 24 y 29) y, fundamentalmente, en la elevación del cumplimiento del deber de información

---

<sup>527</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., pp. 295-297; ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con», p. 372.

<sup>528</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 321.

<sup>529</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p.427.

al rango de una obligación principal del proveedor (art. 32 de la LRC) cuyo incumplimiento genera en el consumidor el derecho a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en forma acumulativa a los daños y perjuicios que correspondan<sup>530</sup>.

Este deber de información como complemento necesario de la regla de transparencia, no sólo ha sido regulado en la LRC, sino que, en la misma línea de protección, el legislador específicamente ha regulado el derecho a la información del tarjetahabiente en la LMPE. Es así, que en su art. 14 de la LMPE se ha establecido el contenido mínimo con el que debe cumplir el contrato de emisión de tarjeta de crédito celebrado entre el emisor de la tarjeta y el usuario, buscando garantizar que se informe debidamente al tarjetahabiente sobre las condiciones contractuales esenciales. Tales como, la forma de determinar el pago mínimo y de las imputaciones de los pagos parciales que realice, el método para calcular los intereses a pagar, la forma de determinar la tasa de interés y otros cargos o gastos, la responsabilidad en caso de hurto o extravío, entre otras. Entonces, la importancia del deber de información al tarjetahabiente en la cita ley es de rango evidente. El legislador no sólo consagra la información mínima que deberá contener el contrato a suscribir, sino que, además, reserva la potestad de ampliar el contenido mínimo de dicha información mediante el art. 18 de la citada norma, en el que se confiere al BCU la potestad de definir la información a proporcionar por los emisores a los usuarios, así como la periodicidad con la que debe ser suministrada.

El principio de transparencia también ha sido implícitamente consagrado en la LMPE como un pilar del contrato a celebrar entre el emisor de la tarjeta de crédito y el usuario, exigiéndose en su art. 12 que el contrato se encuentre redactado en idioma español, en caracteres fácilmente legibles, lenguaje claro y de forma tal que facilite su lectura y comprensión, de acuerdo con lo que determine el BCU.

---

<sup>530</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar...», p. 496

En síntesis, la importancia que el legislador ha consagrado al principio de transparencia nos lleva a considerar lo que podríamos considerar como una tercera clase de cláusulas abusivas caracterizadas por la violación a dicho principio. Cuando se violenta la transparencia en el contrato de adhesión, ya no será necesario acreditar además que se ha generado un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, o que se contrariado la buena fe objetiva. Mediante el principio de transparencia el legislador buscó proteger el consentimiento el consumidor, garantizando el derecho a brindar un consentimiento informado, extremo que por sí sólo podría determinar la abusividad de una cláusula, incurriendo en abusividad formal.

Sin embargo, no puede dejar de puntualizarse que, en el modelo español de protección contra las cláusulas abusivas, la violación del principio de transparencia tiene consecuencias jurídicas diferentes, por cuanto, no ocasiona *per se* la abusividad de una cláusula. Esto es, la falta de transparencia de una cláusula no provoca en forma automática que la misma sea considerada abusiva, por el contrario, deberá analizarse si esa falta de transparencia causa un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, en forma contraria al principio de buena fe. Esto es, la violación al principio de transparencia no constituye en la legislación española un criterio autónomo para determinar la abusividad de una cláusula, pues, para causarla, deberá darse en forma simultánea a los criterios normativos de contrariedad a la buena fe y el desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. Por otro lado, de forma similar a lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional, la violación del deber de transparencia provoca un ensanchamiento en el ámbito del control de contenido, dado que el legislador español ha condicionado el ejercicio del examen de abusividad en las cláusulas referentes a las prestaciones principales, al hecho que sean redactadas de manera clara y transparente. Esto es, sólo se permitirá ingresar al análisis de contenido, si dichas cláusulas no han sido redactadas de forma transparente, clara y comprensible<sup>531</sup>.

En igual sentido, parece importante resaltar que en el Derecho español la violación al principio de transparencia determina que las cláusulas

---

<sup>531</sup> MORALES QUINTANILLA, op. cit., pp. 385-386.

impugnadas no superen el control de incorporación previo al control del equilibrio negocial, sin embargo, en nuestro Derecho, la violación del principio de transparencia es analizada en forma posterior, en el control de contenido, dando lugar a una abusividad formal que determina la nulidad de la cláusula que viola dicho principio<sup>532</sup>.

Finalmente, cerraremos el estudio de esta clase de cláusulas abusivas con una enumeración de cláusulas que podrían integrar este grupo: tales como, las cláusulas que aparecen redactadas de forma compleja o farragosa, con letra pequeña o ilegible, en un tamaño inferior a las restantes cláusulas contractuales, incorporadas al dorso del documento, o aquellas que contienen una remisión a reglas externas del contrato y colocan en el consumidor la carga de acceder a ellas, dificultando el acceso a la totalidad del documento<sup>533</sup>. En la jurisprudencia española se han considerado abusivas las cláusulas que remiten en forma genérica a las tarifas aprobadas por la entidad, sin una indicación precisa sobre las comisiones y gastos que se aplicaran a la gestión del instrumento de pago. La información al cliente respecto a la existencia y cuantía de los gastos y comisiones debe surgir debidamente informada, no recurriendo a una técnica de remisión<sup>534</sup>.

También se han citado como ejemplos de esta clase de cláusulas, a las cláusulas de desproporcionada extensión, a las indeterminadas, inteligibles<sup>535</sup>, a las cláusulas sorprendentes<sup>536</sup> o insólitas en relación al tipo contractual celebrado, por encontrarse descontextualizadas o fuera del orden lógico del contrato de tal forma que el adherente no hubiera podido esperar razonablemente su existencia, a las redactadas con términos técnicos que solo especialistas pueden comprender<sup>537</sup> y, en general, a todas aquellas que en

---

<sup>532</sup> BENÍTEZ CAORSI, op. cit., p. 317.

<sup>533</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con un...», p. 336.

<sup>534</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 68.

<sup>535</sup> BENÍTEZ CAORSI, , op. cit., p. 327.

<sup>536</sup> Se citan como ejemplo de estas cláusulas, una cláusula que regule las graves consecuencias del incumplimiento del contrato por parte del consumidor, que aparezca casi al final del contrato entremedio de cláusulas carentes de importancia o de contenido general (DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, op. cit., p. 79).

<sup>537</sup> ORDOQUI CASTILLA, «Cláusulas abusivas con un...»p. 336.

violación al principio de transparencia y a la obligación del proveedor de brindar información clara, suficiente y veraz, impidan al consumidor brindar un consentimiento informado<sup>538</sup>.

### **III. Elenco de cláusulas abusivas**

Habiendo efectuado un análisis de los diversos tipos o clases de cláusulas abusivas nos dispondremos a realizar un análisis del elenco de cláusulas abusivas expresamente prohibidas por la legislación nacional aplicable a los contratos de consumo en general y por la legislación sectorial aplicable a los contratos de tarjeta de crédito.

La LRC además de brindar un modelo general de cláusulas abusivas en su art. 30, establece en su art. 31 un elenco no taxativo de cláusulas que son consideradas abusivas en aplicación de los criterios generales disciplinados en el artículo anterior. La forma en la que la norma consagra el elenco de cláusulas abusivas es similar a la forma en la que lo ha hecho el legislador europeo, en tanto también se prevé un elenco no taxativo de cláusulas consideradas abusivas, aunque menos extenso.

El elenco de cláusulas enumeradas en el art. 31 LRC opera como modelo o parámetro que debe guiar al intérprete al momento de analizar si una cláusula que no se encuentre enumerada puede considerarse igualmente abusiva. La elección de una lista no taxativa de cláusulas por el legislador es elogiada, dado que, como vimos, resultaría prácticamente utópico realizar una enumeración taxativa que agote el elenco de cláusulas abusivas, en tanto, siempre podrán aparecer cláusulas diversas de un tenor abusivo análogo a las previstas expresamente, debiéndose analizar si esas cláusulas incurren en un eventual abuso de derecho, a los efectos de determinar si quedan alcanzadas por la norma prohibitiva<sup>539</sup>.

El elenco de cláusulas abusivas previsto en el art. 31 de la LRC ha sido ampliado por la enumeración de cláusulas abusivas prevista para los contratos

---

<sup>538</sup> BLENGIO MASSOLO, «Los criterios para determinar...», p. 496; SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 431.

<sup>539</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Contrato de Adhesión...», p. 427.

de emisión y uso de tarjeta de crédito en el art. 13 de la LMPE. El citado artículo enumera una serie de cláusulas típicas de dichos contratos que son calificadas como abusivas. Del propio tenor literal de la norma<sup>540</sup> se desprende que la voluntad del legislador fue incorporar un nuevo elenco no taxativo ni excluyente de cláusulas, que complementa al elenco enunciado en el art. 31 de la LRC<sup>541</sup>.

Nuevamente el legislador utiliza la misma técnica legislativa que en la LRC por cuanto consagra una lista negra enunciativa, dejando abierta la posibilidad de que el intérprete, el aplicador y la autoridad de control de la norma considere la abusividad de cláusulas que no se encuentran expresamente enumeradas pero que de ellas se derive un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, sean contrarias a la obligación de actuar de buena fe, o contrarias al principio de transparencia.

Es elogiable que el legislador no haya incorporado en la LMPE un concepto abstracto de cláusula abusiva, por cuanto, como vimos esta norma no excluye la aplicación de la LRC en la que ya se ha consagrado dicho concepto (art. 30). Por tanto, la incorporación de un concepto genérico de cláusulas abusivas hubiera sido innecesaria e inconveniente, cayendo en una técnica legislativa de duplicación conceptual que podría dar lugar a futuros problemas de interpretación en la aplicación de la norma.

En este capítulo realizaremos el estudio del elenco de cláusulas incorporadas en ambas listas y, adicionalmente, agregaremos el estudio de otras cláusulas que usualmente podemos encontrar en los contratos de emisión de tarjeta de crédito utilizados en el ámbito nacional, que podrían también ser consideradas abusivas. Para su identificación se utilizó como metodología, la revisión o análisis de los contratos emitidos por las entidades bancarias que operan en nuestro país, de los cuales omitiré nombre, por cuanto es irrelevante para los estrictos fines académicos del presente trabajo.

---

<sup>540</sup> Art. 13 LMPE: "(...)sin perjuicio de otras, las enumeradas en el artículo 31 de la Ley n° 17.250, de 11 de agosto de 2000, y las siguientes".

<sup>541</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 742.

Descartaremos la posibilidad de realizar un análisis exhaustivo de todas las cláusulas abusivas, por cuanto sería inalcanzable, en tanto, prácticamente todos los aspectos de una negociación son susceptibles de ser regulados en un contrato de adhesión mediante cláusulas que resulten abusivas.

A efectos didácticos, dividiremos el elenco legal de cláusulas abusivas en 3 subgrupos: *a-* cláusulas que implican renunciaciones a derechos del consumidor; *b-* cláusulas que establecen imposiciones abusivas para el consumidor; y *c-* cláusulas que establecen ventajas abusivas para el proveedor.

## **A. Cláusulas que implican renunciaciones a derechos del consumidor**

### **1. Las que habiliten a incluir en los estados de cuenta cargos no pactados de forma previa**

La prohibición de esta cláusula tiene relación con la tutela del derecho de información del consumidor tarjetahabiente y la protección del consentimiento informado, pues su incorporación en el contrato encierra una renuncia al derecho de información del consumidor. En similar sentido, la incorporación de cargos que no fueron previamente informados encierra una modificación unilateral del contrato.

No obstante, la prohibición de esta cláusula en el art. 13 literal F) de la LMPE no ha sido consagrada como absoluta, sino que se han previsto como excepción aquellos cargos que sean inherentes a la utilización de la tarjeta de crédito, como pueden ser: el cargo inicial y por su renovación, las comisiones por consumos en el extranjero, por envío de estado de cuenta, por extracción en efectivo y, en general, en todos aquellos casos en que la utilización de la tarjeta implique una ventaja adicional para el tarjetahabiente y en que se haya informado al cliente el precio de los servicios.

Las cláusulas que habilitan a la entidad al cobro de comisiones a incluirse en el estado de cuenta u otras comunicaciones pretenden habilitarle a agregar comisiones sin el consentimiento del consumidor. Para que el cobro

de comisiones de la entidad no sea abusivo, la doctrina extranjera considera que dichas comisiones deben sujetarse a los principios de *i)* transparencia o publicidad, *ii)* realidad y *iii)* consentimiento. El principio de transparencia exige que las comisiones deben estar claramente detalladas en el documento contractual, de forma clara en cuanto a su concepto, cuantía y devengamiento. El principio de realidad consiste en que las comisiones deben ser la contraprestación de servicios efectivamente prestados al usuario y, finalmente, el principio de consentimiento implica que el consumidor haya conocido previamente su existencia y consentido la prestación del servicio y el cobro de la comisión<sup>542</sup>.

Los pilares mencionados fueron recogidos en nuestra norma, dado que en el literal F del art. 13 de la LMPE nuestro legislador mediante la excepción contenida en el literal mencionado, autoriza la inclusión de cargos o comisiones en aquellos casos en que la utilización de la tarjeta implique una ventaja adicional. Esto es, la excepción consagrada muestra que el cargo debe responder al principio de realidad, por cuanto la comisión debe necesariamente ser una contraprestación por un servicio adicional efectivamente brindado y al principio de consentimiento, por cuanto se exige que el emisor haya cumplido con su obligación de informar el precio de dichos servicios en forma previa a su utilización. Desafortunadamente la redacción legislativa es absolutamente amplia, pudiendo admitirse por esta vía oblicua cualquier modificación contractual unilateral, extremo que resulta inadmisibles<sup>543</sup>.

Por otro lado, genera duda la expresión contenida en la norma que habilita la inclusión de cargos que sean "*inherentes a la utilización de la tarjeta de crédito*", citando como ejemplos el cargo inicial y por renovación de la tarjeta, las comisiones por consumos en el extranjero, por envío de estado de cuenta y por extracción en efectivo, en tanto no todas parecen implicar para el consumidor una ventaja adicional a la utilización de la tarjeta. Se hace necesario determinar cuáles servicios prestados al consumidor ameritan el

---

<sup>542</sup> MARTÍNEZ MEDRANO, G., «Las Comisiones por servicios bancarios. Limite ante cobros abusivos a consumidores», pp. 7-8, 2018. Disponible Online: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/65/> (consultado el 01/06/2020).

<sup>543</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 242.

cobro de comisiones, por no encontrarse indisolublemente ligados a otro producto u operación por la cual la entidad ya ha percibido un beneficio. Dado que, en este último caso, entendemos que el cobro de una comisión al tarjetahabiente implicaría una doble imposición.

En este sentido, en el Derecho español se prohíbe cargar comisiones o gastos por servicios que son inherentes a las prestaciones ya asumidas por la entidad, de acuerdo con las características del contrato realizado o el devengo de otras comisiones que repercuten el mismo servicio, como, por ejemplo, el cobro comisiones por la realización de estudios de solvencia del usuario, actividad que es inherente a la de la entidad emisora de la tarjeta.<sup>544</sup>. Desafortunadamente no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una previsión análoga.

## **2. Cláusulas que releven irrevocablemente el secreto bancario**

También pueden citarse las cláusulas que releven, expresa, e irrevocablemente a la entidad financiera emisora de la tarjeta de crédito de su obligación de preservar el secreto profesional, en los términos previstos en el art. 25 del Decreto-Ley 15.322/1982<sup>545</sup>. En este último caso, la cláusula violentaría el secreto bancario consagrado en dicha norma como un derecho del consumidor financiero al resguardo de la información confidencial que la entidad tenga sobre aquel, exigiéndose una autorización expresa y por escrito del interesado para su revelación (fuera de los casos en los que es ordenado por la Justicia competente fundado en las causales específicamente previstas en la ley). Por tanto, una cláusula genérica e irrevocable de renuncia anticipada de la tutela del secreto bancario en estos términos sería nula por violentar dicha disposición legal y, adicionalmente, podría hacer incurrir a la entidad financiera en la responsabilidad penal prevista en el Decreto-Ley 15.322 en el

---

<sup>544</sup> MARTÍNEZ MEDRANO, G., op. cit., p. 22.

<sup>545</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 714.

caso de que la entidad financiera proceda a su relevamiento fuera de los casos expresamente previstos en la norma<sup>546</sup>.

### **3. La que habiliten la imposición unilateral al usuario de la contratación de seguros o servicios no solicitados**

En el art. 13 literal A de la LMPE se consagra expresamente como abusiva las cláusulas que habiliten al emisor a imponer la contratación de seguros al usuario y otros servicios no requeridos por éste. Mediante este tipo de cláusulas usualmente se envía un seguro al tarjetahabiente de forma gratuita por los tres primeros meses y si éste no comunica el rechazo del ofrecimiento al emisor de la tarjeta, se considera aceptado. Se trata de una hipótesis de servicios no solicitados por el usuario financiero, buscándose la protección de la regla de que los productos o servicios deben ser solicitados por el consumidor, o aceptados por éste antes de que el proveedor envíe el producto o comience a prestar el servicio<sup>547</sup>. Claramente mediante la prohibición de este tipo de cláusulas se busca la protección del tarjetahabiente respecto a la unilateralidad como abuso, evitando que el consumidor se encuentre forzado a contratar un producto adicional a la tarjeta de crédito utilizada, ya sea un seguro u otro servicio adicional, como una hipótesis de “venta atada”.

A pesar de lo expresado, no puede dejar de puntualizarse que la propia norma contiene una excepción en virtud de la cual se admite la contratación de seguros que garanticen el cobro del crédito de la entidad emisora en caso de fallecimiento del tarjetahabiente. La citada excepción tiene su justificación en una legítima traslación del riesgo del no pago por fallecimiento del titular. De todas formas, corresponde recordar que, siendo una excepción a la regla general del carácter abusivo de las cláusulas que imponen unilateralmente al usuario la contratación de seguros o servicios no requeridos por este, debe interpretarse de forma restrictiva. Finalmente, corresponde señalar que, a nuestro entender, para que dicha obligación de contratar un seguro por

---

<sup>546</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 230.

<sup>547</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Análisis Exegético...», p. 266.

fallecimiento sea legítima, debería conferirse al usuario la potestad de optar, desde el principio, por el seguro y la empresa aseguradora que estime más conveniente<sup>548</sup>.

También puede citarse en este grupo a las cláusulas que facultan al emisor de la tarjeta a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación del usuario, previstas en el art. 13 literal E de la LMPE. La prohibición de esta cláusula tiene relación con la protección del consentimiento informado y el valor del silencio.

Refiere a las cláusulas que permiten la contratación de otros productos o servicios diferentes de la tarjeta de crédito, en el momento de su contratación o de forma posterior, encontrándonos ante una hipótesis de las llamadas “ventas cruzadas”, sin un consentimiento expreso del tarjetahabiente, confiriéndole un valor positivo a su silencio.

Mediante la incorporación de dicha cláusula como abusiva se prohíbe una práctica abusiva bastante usual en nuestro país y, en definitiva, se obliga a la entidad emisora a seguir el procedimiento dispuesto en el art. 384.1 de la RNRCFSF, debiendo recabar previamente el consentimiento del tarjetahabiente por escrito, en un documento separado del contrato de tarjeta de crédito, o de forma telefónica con el debido resguardo de la grabación de la contratación donde el consumidor confiera su consentimiento<sup>549</sup>.

## **B. Cláusulas con imposiciones abusivas para el consumidor**

### **1. Compensación de saldos y facultad de decidir en qué moneda se financia la compra**

Es bastante usual encontrar en los contratos de emisión de tarjetas de crédito, cláusulas que consagran la compensación de saldos aún no exigibles con las cuentas de las que el tarjetahabiente es titular en la institución financiera emisora de la tarjeta de crédito. Mediante este tipo de cláusulas, se

---

<sup>548</sup> MERLINSKI GOLDSTEIN, «Tarjetas de crédito: comentario del proyecto...», p. 371.

<sup>549</sup> RNRCFSF vigente. Consultado en: [https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Normativa/Paginas/Reordenamiento\\_Instituciones.aspx](https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Normativa/Paginas/Reordenamiento_Instituciones.aspx) (Fecha de consulta: 15/04/2023)

pretende que el consumidor autorice a la institución financiera para compensar su deuda con otros saldos acreedores que él mantenga con dicha Institución, por ejemplo, con saldos en cajas de ahorros, cuentas corrientes o depósitos a plazo fijo, entre otros, en caso de incumplimiento del tarjetahabiente. Es frecuente que se prevea la compensación de saldos aun en casos de deuda no vencida, produciéndose un vencimiento anticipado de la misma que la hace exigible. Inclusive, se suele prever que los saldos de las cuentas acreedoras se convertirán a la moneda adeudada al tipo de cambio comprador o vendedor (según corresponda) del día que opere dicha compensación. Con una cláusula de dicho tenor, podría considerarse que se estaría eliminando un requisito indispensable para que opere el instituto de la compensación regulado por el CC en sus arts. 1499 inciso 4º, el requisito de la exigibilidad del adeudo, pues, si la compensación se verifica por créditos no vencidos, no estaríamos ante un crédito exigible. Asimismo, podría considerarse que, en el caso de que dichos saldos acreedores provengan del depósito de salarios del deudor, la institución financiera podría por vía oblicua llegar a apropiarse del salario del trabajador violando la intangibilidad e inembargabilidad de las prestaciones salariales, afectación que sólo podría disponerse mediante una norma de rango legal, pero nunca convencional<sup>550</sup>. Sin embargo, podríamos considerar que una cláusula de compensación de saldos aplicable en el caso de deuda vencida no sería jurídicamente reprochable más allá de esa hipótesis, con lo que su abusividad sería sólo eventual.

Con un matiz aún más discutible y complejo, puede citarse las cláusulas que habilitan la compensación de deudas generadas por saldos impagos de tarjeta de crédito con los saldos de cuentas de las que el tarjetahabiente sea titular único o indistinto, en tanto, podría entenderse que con una cláusula de dicho tenor se estaría dejando al cotitular -no tarjetahabiente- de dicha cuenta en una situación material de indefensión, ocasionándosele un perjuicio económico en tanto se ven afectados fondos de su propiedad para el pago de una deuda ajena, sin que se le haya recabado su consentimiento. Pues, si

---

<sup>550</sup> SZAFIR SLOTOLOW y CARRETTO PEREIRA, «Un estudio práctico: Cláusulas abusivas insertas en los contratos de servicios financieros.», *Revista Crítica de Derecho Privado*, 9, 301 - *Revista de Legislación Uruguaya* 2013 (setiembre) (La Ley online: UY/DOC/245/2012), p. 4.

dicha cláusula sólo se incluye en el contrato de emisión de tarjeta de crédito celebrado entre el tarjetahabiente y la entidad financiera, el cotitular de la cuenta con el tarjetahabiente no es parte de aquel contrato y, por tanto, no estaría prestando su consentimiento a dicha cláusula.

En la jurisprudencia española se han considerado válidas las cláusulas de dicho tenor, siempre que quien acepta tal corresponsabilidad de pago esté suficientemente informado sobre el alcance de la corresponsabilidad de pago que asume. Esto es, que la cláusula contractual sea transparente, clara, concisa y sencilla, así como, legible, físicamente y comprensible intelectualmente<sup>551</sup>.

Asimismo, en materia de saldos puede citarse como abusiva las cláusulas que habiliten al emisor a convertir unilateralmente la moneda de la deuda original por las compras o retiros de efectivo realizados por el usuario dentro del territorio nacional, de pesos uruguayos a dólares de los Estados Unidos de América u otras monedas, prevista expresamente en el art. 13 literal B de la LMPE. Desde antes de la aprobación de la citada ley, la doctrina consideraba abusiva este tipo de cláusulas, por cuanto genera una asimetría o desequilibrio dejando en manos de una de las partes del contrato la decisión de realizar financiación en moneda nacional o extranjera según cuál otorgue a la institución crediticia mayor seguridad o tasa de interés<sup>552</sup>.

En efecto, si la compra fuera efectuada en el exterior, habría al menos una justa causa para procesar la compra abonada con la tarjeta de crédito en dólares estadounidenses, pues la compra no fue procesada en el territorio nacional. La existencia de esta justa causa es lo que excluye el abuso. No obstante, si la compra fue efectuada en el territorio nacional, encerraría un comportamiento contrario a la buena fe del proveedor, si se admitiera la elección de la moneda de financiación por el emisor de la tarjeta, obligando al tarjetahabiente a abonar la compra en una moneda que no fue la elegida al momento de la compra. Si el consumidor ha realizado una compra en el territorio nacional abonando en pesos uruguayos, no habría una justa causa

---

<sup>551</sup> STS del 13 de marzo de 1999 (apud MORENO LISO, op. cit., p. 68) y del 16 de diciembre de 2009 (apud EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit. p. 64).

<sup>552</sup> SZAFIR SLOTOLOW y CARRETTO, op. cit., p. 5.

para admitir que el emisor de la tarjeta de crédito pretenda el reembolso de la compra en una moneda diferente.

## 2. Vale en blanco

El libramiento de títulos valores incompletos es una práctica expresamente prevista en el art. 4 de la LTV, norma aplicable tanto a las letras de cambio como a los vales y cheques. La citada norma habilita a que el librador suscriba un título valor con blancos, aun en sus menciones esenciales. No obstante, si alguna de éstas falta, el título no tendrá la eficacia que la LTV atribuye a los títulos valores, sino hasta que sea completado por su legítimo tenedor<sup>553</sup>. Por ello, si el título es presentado en un proceso judicial para su cobro, sin que se hayan completado sus menciones esenciales, el demandado podrá excepcionarse por la inhabilidad del título<sup>554</sup>.

El art. 4 de la LTV contempla una práctica comercial bastante habitual que supone el libramiento de un título valor, dejando, por ejemplo, la fecha de vencimiento o el importe adeudado en blanco, delegando en su tenedor la facultad de completarlo bajo ciertas condiciones previamente pactadas en el denominado “pacto de completamiento”. En dicho pacto se brindan al tomador las instrucciones bajo las cuales deberá completarlo de forma previa al reclamo de la prestación comprometida. Si la persona con quien se celebró el pacto completa el documento sin seguir sus instrucciones, el art. 61 LTV protege al librador, brindando la posibilidad de alegar el incumplimiento de este acuerdo ante el ejecutante tenedor con el que ha celebrado dicho acuerdo, o en el caso de que el título valor haya circulado, sólo podrá alegar el incumplimiento de lo convenido ante quienes hayan adquirido el título valor con mala fe o que, al adquirirlo, hayan incurrido en culpa grave<sup>555</sup>. Sin embargo, para que el tenedor pueda llenar un claro u mención omitida en el título valor, no es necesario que deba existir un pacto cambiario que lo habilite, pues, el tenedor está habilitado

---

<sup>553</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, N., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, t. 1 (Montevideo: FCU, 2014), p. 35. BUGALLO MONTAÑO, *Títulos Valores*, (Montevideo: Ediciones del Foro, 1998), pp. 202 y 218.

<sup>554</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 5, t. 1, p. 36.

<sup>555</sup> PÉREZ FONTANA, S., *Títulos Valores*, t. III (Montevideo: FCU, 1985), p. 118. RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, id *ibid*.

legamente para llenar el claro con la mención faltante<sup>556</sup> (art. 4 LTV), con la única diferencia que, en dicho caso, no tendrá instrucciones específicas para cumplir en dicho completamiento.

De la coordinación de lo dispuesto en los arts. 4 y 61 de la LTV puede inferirse, tal como fue destacado por PÉREZ FONTANA, que en nuestro Derecho tanto la letra de cambio – o título valor- incompleta y la letra de cambio en blanco, son títulos valores incompletos y válidos, produciendo efectos cambiarios si son completados antes de la presentación para el ejercicio de su derecho. La diferenciación entre ambas hipótesis es subjetiva, y deriva de la voluntad del creador de la letra y el tomador. Cuando el título valor se completa por el tenedor haciendo uso del derecho que le confiere el art. 4 de la LTV para completar los blancos, nos encontramos ante una letra de cambio incompleta - o título valor incompleto-, pero cuando la letra de cambio – o título valor- se completa en virtud de que media un acuerdo entre el creador y el tomador donde se establecen las condiciones para hacerlo, nos encontramos ante una letra de cambio en blanco o título valor en blanco. No obstante, jurídicamente no existe diferencia entre el título incompleto y el título en blanco. La diferencia consiste en la forma de completamiento, derivando de la autorización que el art. 4 de la LTV confiere con carácter general al tenedor para llenar las lagunas en los casos en los que la ley no lo hace (arts. 3 y 56 LTV), o completándolo bajo las condiciones convenidas sobre cómo se completaran las lagunas, en este caso, con un completamiento contractual del título valor en blanco<sup>557</sup>.

No existe obstáculo legal para que un título valor sea creado en blanco o con alguno de sus elementos en blanco – salvo el nombre del título, la orden o promesa de pago y la firma del librador-, bastando con que dichos elementos sean completados antes de su presentación al cobro. El tenedor del título valor lo recibe con la facultad tácita de completar el documento, la que puede derivar de la relación fundamental o pacto cambiario, o surgir de forma expresa del propio pacto cambiario. Por tanto, en principio, no existe abuso en el completamiento de un título valor, en tanto es una conducta aceptada por el

---

<sup>556</sup> BUGALLO MONTAÑO, *Títulos valores...*, p. 210.

<sup>557</sup> PÉREZ FONTANA, *Títulos Valores...*, pp.105-106.

legislador a texto expreso en los arts. 4 y 61 de la LTV. Sólo podrá darse abuso, eventualmente, si el llenado se realiza contrariando las disposiciones del pacto de completamiento<sup>558</sup>.

En relación a lo que viene de señalarse, corresponde destacar que en el marco de contratación de la tarjeta de crédito es una práctica comercial extendida que, al momento de librarse el contrato de emisión de tarjeta de crédito, la entidad emisora exija la suscripción de un vale en blanco a los efectos de ser completados por la entidad financiera en caso de producirse incumplimiento de pago del tarjetahabiente, incluyéndose una cláusula en el contrato de emisión, mediante la cual el usuario faculta en forma irrevocable al emisor a completar los blancos del título de acuerdo con determinados parámetros. Este vale en blanco junto con el *voucher* donde se recoge cada adquisición puntual de productos o servicios completa la funcionalidad de la tarjeta de crédito, pues facilita la ejecución de los múltiples *vouchers* suscritos por el tarjetahabiente al momento de la compra<sup>559</sup>.

Normalmente, el título valor incompleto incorporado en los contratos de tarjeta de crédito, es librado por el usuario de la tarjeta con blancos en el capital adeudado y en las fechas de libramiento y de vencimiento. Este documento, tiene la calidad de título ejecutivo, conforme lo dispuesto en el art. 353 del CGP<sup>560</sup>.

La inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de tarjeta de crédito no estuvo exenta de críticas en nuestra doctrina, en tanto impide que el consumidor se encuentre en conocimiento previo de alguna de las condiciones bajo las cuales se completará el título valor en blanco, en cuestiones de gran trascendencia, como podría ser la tasa de interés moratorio que se aplicará en caso de que no se cancele el saldo deudor. En este sentido, SZAFIR SLOTOLOW ha sostenido que la exigencia de vales en blanco para la obtención de una tarjeta de crédito es contraria a la buena fe, debiendo considerarse la cláusula

---

<sup>558</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, M., «Acerca del título valor incompleto», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 12 (Montevideo: FCU, 2008), pp. 82, 84.

<sup>559</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

<sup>560</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 552.

que lo prevé en el contrato de adhesión como una cláusula abusiva. Sostiene que, configura un exceso de derecho requerir garantías como la que constituye la firma de un documento literal y autónomo que puede circular libremente, sin que se establezca en él un monto determinado. Entiende la citada autora que, en la mayoría de los casos, con la suscripción del *voucher* o conforme ya se lograría el acceso a un proceso monitorio para su reclamo, pero si lo que se pretende es obtener un título ejecutivo respecto del saldo de los estados de cuenta impagos, dicho instrumento debería agregarse a la enumeración contenida en el art. 353 del CGP, en la medida que de éste surja una cantidad líquida y exigible. No obstante, la autora entiende que resulta desproporcionado que la solución para brindar una vía de cobro rápida a la entidad financiera implique la admisión del libramiento de vales en blanco sin el monto del crédito otorgado, resultando abusivo. Sobre todo, teniendo en cuenta que dicho título valor puede circular, ocasionando que el consumidor pueda pagar dos veces. La citada autora destaca que, además, un título valor emitido en dichas condiciones incumpliría a su juicio la exigencia de la LIU que establece que todo documento de adeudo representativo de operaciones de crédito debe distinguir, con precisión, la suma correspondiente al capital prestado, intereses, comisiones, gastos y todo otro cargo pactado. Por tanto, la norma de orden público prohíbe la suscripción de un vale en el que no figure el capital y los intereses<sup>561</sup>.

En similar sentido, FACAL SEOANE ha cuestionado la validez de la emisión de un vale en blanco cuando nos encontramos en una relación de consumo trabada entre la entidad financiera y un consumidor final de un servicio financiero. En tanto, es claro que la actividad financiera queda comprendida en las normas protectoras de la LRC, y, por tanto, cuando el librador de un título incompleto es un consumidor financiero - como en el caso del usuario de la tarjeta de crédito-, el consumidor debe estar totalmente informado en forma previa de las condiciones futuras del contrato (arts. 15, 20 y 21 LRC). El llenado de condiciones que pueden variar desde la contratación inicial genera un claro desequilibrio en perjuicio del consumidor, aunque se respeten las instrucciones

---

<sup>561</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Análisis Exegético...», pp. 270-271.

de llenado contenidas en el pacto de completamiento. En síntesis, el autor concluye que el pacto de completamiento es nulo por infracción a la normativa vigente de relaciones de consumo.<sup>562</sup> Adicionalmente, debe recordarse que, a pesar de que en general los vales en blanco emitidos a favor de los bancos son títulos a la orden, no hay impedimento para que -por ejemplo, en situaciones de crisis- estos vales sean endosados y transmitidos, produciéndose un desmembramiento del vale respecto al pacto inicial, debido a la abstracción típica del título valor. Extremo que determina que, al menos, en estos casos, para admitirse el vale en blanco como forma de dotar a la contratación de agilidad para el cobro en casos de incumplimiento, debería emitirse con un impedimento de circulación a los efectos de equilibrar las posiciones<sup>563</sup>.

En la jurisprudencia, la posición que sostiene la nulidad de la cláusula de un contrato de tarjeta de crédito que prevé el libramiento de un vale en blanco ha sido sostenida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de 12º Turno en sentencia nº 52/2006<sup>564</sup>, mediante la cual se desestimó la demanda ejecutiva iniciada por el emisor de la tarjeta de crédito, por entender que la cláusula del contrato de tarjeta de crédito que habilita el vale en blanco es abusiva tanto por su forma –en virtud del tamaño de la letra utilizada- como por su contenido, aparejando la inhabilidad del título valor. El vale en blanco, al carecer en principio de fecha de vencimiento es violatorio de la temporalidad del vínculo obligacional, en tanto siempre será completado con una fecha de vencimiento que no supere los 4 años de exigibilidad<sup>565</sup>. Se sostiene en esta sentencia que, a pesar de que exista una Circular del BCU (Nº 1537) que exige que el título valor emitido en blanco no puede ser endosado y que mediante el Decreto Nº 78/2002 se haya admitido la posibilidad de suscribir vales en blanco

---

<sup>562</sup> FACAL SEOANE, «El pacto de completamiento en la negociación mercantil y bancaria», *Tribuna del Abogado*, nº 140 (Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2004), pp. 27-28.

<sup>563</sup> FACAL SEOANE, «El pacto de completamiento...», p. 29.

<sup>564</sup> SJLCiv 12º Turno nº 52/2006, 13 de setiembre (SZAFIR SLOTOLOW, D.), apud SZAFIR SLOTOLOW D., «Contrato de Adhesión...», p. 456.

<sup>565</sup> En sentido contrario puede verse BUGALLO MONTAÑO, *Títulos valores...*, pp. 210-211, donde refiriendo a la STAC 2º Turno, del 10 de diciembre de 1990 (FERNÁNDEZ REY), destaca que, si el vale es librado sin fecha de vencimiento, se está dejando libre al tenedor y sucesivos tenedores para que completen el claro con la fecha que más les convenga, haciendo partir el cómputo de la prescripción desde cuando el tomador quiera.

cumpliendo con las normas del BCU, toda esta normativa es de rango inferior a la ley y el juez está facultado para declarar la ilicitud, descartando la aplicación de las normas reglamentarias aplicables al caso concreto que juzga.

Con similares argumentos puede citarse la sentencia n° 39/2009 del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 2º Turno, en la cual se entendió que se configuró un injustificado desequilibrio que conlleva a la normativa proteccionista del consumidor, en cuanto ya existía una prenda autoejecutable para el saldo deudor de la tarjeta de crédito, lo cual determina la innecesidad de exigir vías rápidas procesales extras. Adicionalmente, agrega que los vales en blanco infringen la buena fe porque permiten que la entidad de crédito fije unilateralmente el importe de un vale en blanco, determinando la declaración de nulidad del contrato de tarjeta de crédito que origina el vale en blanco<sup>566</sup>. Dicha sentencia fue confirmada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3º Turno mediante sentencia n° 50/2010<sup>567</sup>.

Sin embargo, corresponde señalar que la admisibilidad de la suscripción de un vale en blanco de forma conjunta al contrato de emisión de tarjeta de crédito siempre ha venido acompañada de la exigencia de que éste sea emitido bajo las condiciones contenidas en un pacto de completamiento y bajo el contralor del BCU y Udeco<sup>568</sup>.

En este sentido, otro sector de la doctrina ha sostenido que la utilización de un vale en blanco no supone abusividad, en tanto, por un lado, la emisión de un título valor incompleto es admisible en el marco de la LTV y, por otro lado, este vale es controlado por la normativa del BCU, equilibrando las posiciones jurídicas de la emisora y los tarjetahabientes<sup>569</sup>.

Se ha sostenido, que la firma de un vale en blanco de forma conjunta con el contrato de tarjeta de crédito no implica que siempre haya que declarar

---

<sup>566</sup> Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 2º Turno n° 39/2009 a cargo del Dr. Aquino, publicada en SZAFIR SLOTOLOW D., «Contrato de Adhesión...», p. 453.

<sup>567</sup> SJLCiv 3º Turno n° 50/2010, 28 de julio (KELLAND TORRES, C.) apud *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, Dir. SZAFIR SLOTOLOW, D., t. II, (Montevideo: La Ley Uruguay, 2011) pp. 215-221.

<sup>568</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 252.

<sup>569</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p. 771.

la nulidad, debiendo analizarse si el vale fue completado de forma legítima según el pacto de completamiento y sin violentar el Derecho positivo vigente<sup>570</sup>. Si el llenado del vale firmado al momento de contratar la tarjeta de crédito se realiza de la forma expresamente prevista en el contrato, no existe ningún abuso en el completamiento del vale, conducta que fue expresamente aceptada en el Decreto 78/002 reglamentario de la LRC, en el que se ha dispuesto que en caso de que se utilicen títulos valores en blanco o incompletos, debe cumplirse con las estipulaciones bancocentralistas<sup>571</sup>, en las cuales se consagra la obligación de emitir, de forma conjunta al título valor con blancos, un pacto de completamiento. Si la parte efectúa un completamiento contrario a los términos acordados en el pacto de completamiento, se entiende que nos encontramos ante una conducta abusiva, haciendo admisible la excepción de completamiento abusivo pero únicamente ante las partes inmediatas, es decir las partes originalmente contratantes, así como ante los adquirentes de mala fe<sup>572</sup>. En el caso de que el vale sea ejecutado por un tercero tenedor de buena fe, el usuario no podrá oponer dicha excepción en el juicio ejecutivo en el cual se reclamen las sumas adeudadas por el incumplimiento de pago del título valor, pudiendo únicamente iniciar un juicio ordinario posterior contra la entidad emisora por incumplimiento contractual<sup>573</sup>. Así ha sido sostenido por la jurisprudencia nacional. A modo de ejemplo, puede citarse la sentencia n° 223/2022 del TAC 6<sup>o</sup><sup>574</sup> y n° 112/2021 del TAC 3<sup>o</sup><sup>575</sup>, en las que se sostuvo que, deben distinguirse las hipótesis en las que no existió pacto de completamiento (título valor incompleto), de las que si existió (título valor en blanco), pero se alega un abuso de firma en blanco por violación al pacto de completamiento. En el primer caso, nos encontraríamos ante un “título incompleto” que carece de los elementos esenciales sin los cuales no hay título

---

<sup>570</sup> ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de los contratos...*, p 775.

<sup>571</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, «Acerca del título...», p. 84.

<sup>572</sup> *Anuario de Derecho Comercial*, t. 12, c. 116 y 118 (Montevideo: FCU, 2012), pp. 513 y 515. RODRÍGUEZ OLIVERA, N., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, t. 1 (Montevideo: FCU, 2014), p. 363.

<sup>573</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 254.

<sup>574</sup> STAC 6° Turno n° 223/2022, 26 de octubre (ALVES DE SIMAS GRIMON, M.) .

<sup>575</sup> STAC 3° Turno n° 112/2021, 14 de junio (OPERTTI GALLO, L.)

cambiarlo, de los naturales que la ley suple si faltasen o de los facultativos o potestativos (por ejemplo, intereses). En dichos casos, su tenedor estaría autorizado a completar el título valor, libremente, sin límites, en virtud de que no existe pacto alguno entre librador y tomador en cuanto a la forma de integrar o completar las menciones faltantes en el título (art. 4 LTV). Por tanto, no existe en este caso inhabilidad del título si ese título es completado antes de su presentación al pago utilizando la facultad conferida por la mencionada norma. Mientras que, en el segundo caso, nos encontraríamos ante un título en blanco en el que el librador y tomador han acordado de forma expresa o tácita, el completamiento del título valor. Las sentencias destacan que, en el caso del vale en blanco, el librador puede librarse alegando el abuso de firma en blanco por violación al pacto de completamiento, debiendo acreditar que el vale ha sido firmado en blanco, que existía un pacto de completamiento, su contenido y, finalmente, que ha sido completado en violación del pacto.

Asimismo, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4º Turno, en sentencia n° 10/2020<sup>576</sup> ha sostenido que, el art. 4 de la LTV admite la posibilidad de emitir un documento con blanco, sin desconocer la posibilidad de invocar la excepción de violación del pacto del completamiento, pero en el caso el acreedor de acuerdo con la legislación vigente estaba autorizado para completar la documentación y su conducta se ajustó al pacto de completamiento. En síntesis, rechaza la inexistencia o nulidad de los títulos ejecutivos presentados, pues no se configura la nulidad del contrato de adhesión a la tarjeta de crédito.

La SCJ se ha pronunciado en forma compatible con esta segunda posición, como puede observarse en la sentencia n° 138/2003<sup>577</sup>, donde en ocasión de pronunciarse sobre la pretendida inconstitucionalidad del art. 4 LTV destaca que la finalidad de la disposición que habilita al legítimo tenedor a llenar los blancos que el título presente de forma previa a la presentación del título para su cobro, es la de impedir que la omisión de datos devenga en una imposibilidad de hacer efectivo el derecho de crédito del beneficiario, en virtud

---

<sup>576</sup> SJLCiv 4º Turno n° 10/2020, 26 de febrero (BELLO ANDRIOLO, A.M).

<sup>577</sup> SSCJ n° 138/2003, 21 de marzo (GUILLOT MARTÍNEZ, G).

de lo cual la norma lo habilita a completarlo. Dicha facultad de completamiento, que tiene origen legal, puede ser limitada por los acuerdos celebrados entre el librador y el tenedor, en cuanto al modo de completamiento del documento, con las instrucciones incorporadas en el pacto de completamiento. Asimismo, al momento de la suscripción del título valor correspondiente, el deudor puede solicitar de forma expresa que se proceda a completar los espacios en blanco que lucen en el título o ejercer los mecanismos legales que el legislador estableció en su beneficio, como fue en el caso la querrela de falsedad interpuesta en forma incidental y resuelta en forma negativa. La forma de llenado del vale firmado al contratar la tarjeta de crédito estaba regulada expresamente en la cláusula 27 del contrato de tarjeta de crédito, donde se instruía como debe ser llenado el importe, el día del vencimiento y el interés por mora. Por tanto, en la medida que el acreedor se amparó en el contrato celebrado entre las partes, del cual se desprende que el llenado del vale debe realizarse conforme las pautas contractualmente establecidas, la acreedora se encontraba autorizada expresamente para su llenado en tales términos conforme los art. 4 y 61 LTV. El deudor ha promovido los correspondientes medios impugnativos demostrando que ha hecho uso de su derecho de defensa. Adicionalmente destaca: *“(...) por otra parte, el uso de la facultad de completar el documento deberá ejercerse sin abuso, cuestión que de ocurrir no pertenece al ámbito de la inconstitucionalidad sino al de la jurisdicción de mérito”*. En el caso de que haya un completamiento abusivo del título valor que se pretende ejecutar, la jurisprudencia ha sostenido que este vicio es potencialmente idóneo para generar la nulidad del acuerdo de llenado del título valor, quedando comprendida dentro de la excepción de inhabilidad de título<sup>578</sup>.

El desacuerdo respecto a la admisibilidad de la suscripción de títulos valores incompletos por el usuario de la tarjeta de crédito ha llegado incluso al ámbito legislativo. En el art. 20 literal E de un proyecto de ley de sistema de tarjeta de crédito que llegó a tener media sanción legislativa, se prohibía expresamente la inclusión de disposiciones que prevean la suscripción de un

---

<sup>578</sup> Sentencia del TAC 6º n° 37/2008 de fecha 3/03/2008 redactada por Dra. Elena Martínez (BJN).

título valor incompleto por considerarla una cláusula abusiva, incluyendo en el elenco de cláusulas que se consideran abusivas. Como forma de agilizar el cobro de lo adeudado por el usuario de la tarjeta, se preveía – para evitar el uso de los vales en blanco- que el certificado del saldo deudor emitido por la entidad emisora y notificado al usuario, constituía título ejecutivo, habilitando el proceso ejecutivo previsto en los arts. 353 y siguientes del CGP<sup>579</sup>. No obstante esta norma no obtuvo los votos necesarios para ser sancionada, y en la norma posteriormente aprobada –la LMPE- no se incluyó esta cláusula en el elenco de cláusulas abusivas, sino que, por el contrario, esta práctica fue recogida, en el art. 20 de la LMPE -además de en las disposiciones reglamentarias dictadas por el BCU-, en el cual se admite expresamente la suscripción de un título valor incompleto cumpliendo los requisitos establecidos en la norma y los que determine el BCU por vía reglamentaria. Estos requisitos consisten en que el título valor deberá ser suscrito en forma conjunta con un documento complementario en donde consten las instrucciones para completar el título valor, de forma precisa e indubitable, incluyendo la necesaria notificación al usuario del monto adeudado y los rubros que lo componen, previo al completamiento, en los términos que determine el BCU. Dicho documento no podrá ser llenado luego del límite temporal establecido en la norma: ciento ochenta días de la exigibilidad del adeudo, salvo acuerdo expreso de renovación de éste. La norma prevé expresamente que si el emisor de la tarjeta exige la suscripción de un título valor incompleto sin cumplir con los requisitos que se establecen en la normativa, será considerada como práctica abusiva de la entidad emisora, en tanto su admisibilidad se encuentra condicionada a que sea emitido de forma conjunta al pacto de completamiento, donde se contienen las instrucciones bajo las cuales el vale en blanco debe ser llenado. Dicho pacto de completamiento tiene la función de poner en conocimiento del deudor las condiciones bajo las cuales el vale será completado, debiéndose notificar al usuario de forma previa al completamiento del título valor, la liquidación del crédito con detalle del monto total adeudado y los rubros que lo integran (capital, intereses compensatorios, intereses moratorios y otros cargos), y que

---

<sup>579</sup> COHEN VENTURA, «Proyecto de ley...», p. 345.

se procederá al completamiento de dicho título, conforme lo dispuesto en el documento complementario (art. 20 LMPE y art. 372 RNRCSF), lo que equilibraría las posiciones jurídicas del emisor y el tarjetahabiente<sup>580</sup>.

Asimismo, la LMPE en el citado artículo establece una garantía adicional para el tarjetahabiente, a los efectos de evitar la ilegítima circulación del título valor una vez que se han cumplido las obligaciones que de él se derivan: el emisor deberá entregar el título valor al usuario cuando finalice el contrato que lo originó y se cancelen las obligaciones que hubieran surgido del mismo, en un plazo máximo de diez días. Si dicho documento no fuera retirado, el emisor está obligado a destruir el título valor en un plazo máximo de doce meses de cancelada la obligación que lo originó, debiendo documentarse dicha destrucción de forma fehaciente.

Respecto a la posibilidad de completar la tasa de interés en forma posterior por el emisor de la tarjeta, LARRAÑAGA ALFARO ha sostenido que los art. 4 y 61 de la LTV no habilitarían a completar dicha tasa de interés compensatorio o moratorio, salvo que en el pacto de completamiento se establezca expresamente. Dado que, los artículos citados refieren a los requisitos esenciales del título y entre éstos sólo puede entenderse comprendido el capital. El pacto de intereses sería una cláusula facultativa y accesorio, por ende, no estando ante un requisito esencial, debería pactarse la tasa de interés al momento de la suscripción del vale, no admitiéndose su incorporación en forma unilateral por el tenedor. Si así lo hiciera, se estaría incorporando una cláusula sorpresa y por ende abusiva. Ante la falta de completamiento, sostuvo el autor que debería aplicarse la tasa de interés legal<sup>581</sup>. Así ha sido sostenido en la sentencia n° 186/2022 del TAC 1<sup>o</sup><sup>582</sup>, en la cual se estableció que en virtud de existía una cláusula que pactaba el interés moratorio, pero no su monto, en virtud de que no se llenó el blanco en los intereses moratorios, no podía considerarse que dicho interés sea el mismo que

---

<sup>580</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

<sup>581</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 596.

<sup>582</sup> STAC 1° Turno n° 186/2022, 18 de mayo (VENTURINI CAMEJO, B.) .

el interés compensatorio, sino que corresponde acudir al interés legal del 6% anual.

En una postura diferente, FACAL SEOANE ha sostenido que el derecho de crédito consignado en el vale es comprensivo no sólo del capital, sino también, del derecho al cobro del interés que constituye propiamente el precio del dinero para compensar el tiempo transcurrido, en el caso del interés compensatorio, o el incumplimiento del deudor, en el caso de los intereses moratorios<sup>583</sup>.

En relación con la previsión de la tasa de interés aplicable sobre los saldos deudores en el contrato de tarjeta de crédito, debe tenerse en cuenta que la LMPE en su art. 14 numeral 1 ha previsto dentro del contenido obligatorio del contrato de emisión de tarjeta de crédito, que se incluya la forma de determinar y comunicar la tasa de interés aplicable sobre los saldos deudores y todo otro cargo, previa y expresamente pactado por cualquier concepto, así como el lugar y la fecha de los pagos. La disposición citada es una réplica de lo dispuesto en los literales e) y f) del art. 378 de la RNRCSF.

De acuerdo con lo establecido en la norma, bastaría con que en el contrato de emisión de tarjeta de crédito prevea la forma de determinar la tasa de interés moratorio aplicable sobre el saldo deudor y la modalidad en la que será comunicada al usuario. No obstante, del texto legal no parece desprenderse que la entidad emisora de la tarjeta esté obligada a fijar la tasa de interés moratorio en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, pues, cumpliría su obligación de informar con tan solo consignar los parámetros bajo los cuales esta tasa será determinada.

Dicha disposición normativa debe complementarse con lo dispuesto en el art. 3 de la LIU, que establece que los intereses tanto compensatorios como moratorios deberán ser pactados en términos claros y precisos, en *“los correspondientes documentos de adeudo”*. En su art. 4 la norma exige que las tasas de interés fijas se expresen en términos efectivos anuales, en porcentaje y con al menos dos decimales y las tasas de interés variables deberán establecer una tasa de referencia que podrá ser nominal o efectiva anual y

---

<sup>583</sup> FACAL SEOANE, «El pacto de completamiento...», p. 25.

determinarse -si correspondiera- el margen pactado sobre esa tasa de referencia en porcentajes, con al menos dos decimales.

Realizando una interpretación armónica de ambas normas de rango legal, podría decirse que las tasas de interés compensatorio y moratorio deberán estar fijadas en forma clara en el contrato de emisión de tarjeta de crédito. No siendo admisible una cláusula genérica que exprese que el usuario abonará la tasa máxima admitida por ley<sup>584</sup>, ni que las tasas efectivas anuales se determinarán según las reglas del mercado. La determinación “según las reglas de mercado” no parece ser clara para el consumidor, en tanto no refiere a ningún índice o referencia que el consumidor pueda consultar.

Una cláusula de dicho tenor que cumpla en su aplicación con lo dispuesto en el art. 350 de la RNRCSF, en el que se establece que se deberá informar de forma previa a los clientes sobre los intereses y demás cargos y en caso que el importe no se pueda establecer con precisión en valores numéricos, se deberá indicar dicha eventualidad y la forma de cálculo (base y tasa a aplicar, de ser el caso) de forma suficientemente detallada y clara, posibilitando que el consumidor pueda conocer el costo total de las operaciones y comparar entre las distintas alternativas ofrecidas en el mercado, podría no ser objetable. En este sentido, corresponde recordar que la jurisprudencia ha sostenido que, si bien las cláusulas de los vales pueden tener cierto grado de complejidad, no puede sostenerse que la circunstancia de tener que realizar algunos cálculos a efectos de establecer con exactitud el monto adeudado implique que la cláusula sea incomprensible al punto de ameritar su consideración como abusiva<sup>585</sup>.

Debe recordarse, además, que las tasas de interés fijadas podrán ser modificadas por la institución financiera siguiendo los procedimientos determinados por el BCU, que como hemos visto prevén una comunicación previa al consumidor, confiriéndole el derecho de rescindir el contrato sin cargo alguno. Una cláusula que faculte al banco a modificar en forma unilateral la

---

<sup>584</sup> OLIVERA GARCÍA, *Cuestiones de derecho...*, p. 253; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 252.

<sup>585</sup> STAC 1° Turno n° 284/2007, 5 de noviembre (VÁZQUEZ CRUZ, E.).

tasa de interés sin seguir este procedimiento se consideraría abusiva, no obstante, si se sigue el procedimiento establecido por el BCU, entendemos que no sería jurídicamente reprochable.

En similar sentido, en el Derecho español, si bien la entidad financiera podría insertar en el contrato una cláusula general que remita al interés publicado en cada momento por el banco, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 numeral 3 literal a) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, del 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la institución financiera debe informar en el documento contractual donde se otorgue un crédito, el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales. Por otro lado, la institución financiera tiene la obligación de informar al usuario respecto del coste efectivo o total del contrato (art. 60 TRLGDCU). En armonización de la normativa referida, parecería desprenderse que una cláusula contractual de remisión del interés al tipo publicado es abusiva, en tanto debiera surgir informada la tasa nominal, expresada en términos efectivos anuales -TAE- so pena de incurrir en la utilización de una cláusula abusiva y en incumplimiento de su obligación de informar de forma clara, veraz y suficiente art. 60 TRLGDCU). Sin embargo, si bien esta ha sido la posición de parte de la doctrina y jurisprudencia (sentencia de Audiencia Provincial (AP) de Ourense del 5 de enero de 2000 y sentencia de AP de Madrid del 21 de mayo de 2003) también encontramos otra parte de la jurisprudencia que considera suficiente la remisión al tipo de interés publicado, como es el caso de la sentencia de AP de Pontevedra de 6/9/2000 y sentencia de AP de Madrid de 21/5/2003<sup>586</sup>.

### **3. Imputación de la paga e intereses**

En materia de intereses, sin perjuicio de reconocer la complejidad y opinabilidad del tema, puede citarse como ejemplo de cláusulas abusivas en la tarjeta de crédito las que establezcan un interés bonificable desde la fecha de compra. Los intereses bonificables son aquellos devengados entre la fecha en

---

<sup>586</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 54.

la que el usuario efectúa una compra con la tarjeta de crédito y la fecha del próximo vencimiento del estado de cuenta. Esta cláusula permite que, si el usuario de la tarjeta de crédito realiza un pago por el saldo total del estado de cuenta enviado, la entidad emisora de la tarjeta “remite” o “bonifica” dichos intereses, entendiéndose que, en esos casos, la tarjeta habría sido utilizada con la finalidad de consumo personal o familiar como tarjeta de compra y no estrictamente como tarjeta de crédito<sup>587</sup>. Sin embargo, si el usuario opta por realizar el pago mínimo o un pago parcial de lo adeudado en el estado de cuenta, se entiende que la tarjeta ha sido utilizada como tarjeta de crédito y, entonces, “perdería el beneficio” de que se le exonerase de tener que abonar esos intereses bonificables, que vendrán adicionados en el siguiente estado de cuenta. Por tanto, si bien dichos intereses se originarían como intereses compensatorios, se terminarían aplicando como moratorios. A esto debe agregarse, además, que en la práctica si el usuario realizaba un pago inferior al total, pero superior al pago mínimo, en el siguiente estado de cuenta encontraría los llamados intereses bonificables – dado que al efectuar un pago parcial perdió la posibilidad de verse exonerado de dichos intereses- calculados no sobre el monto efectivamente imago, sino sobre el pago mínimo. Ocasionando que la tasa implícita resultante de dicho cálculo, terminaba siendo superior a la informada, y superaba los topes de usura<sup>588</sup>.

Nuestra doctrina no ha sido pacífica respecto a la legitimidad del cobro de los llamados intereses bonificables.

Por un lado, CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y MANTERO MAURI sostienen que el pacto de los intereses bonificables es totalmente válido, no pudiendo ser tildado de contrario a la obligación de actuar de buena fe, por cuanto, el hecho de que la emisora de la tarjeta de crédito no desembolse el dinero para pagar el gasto del usuario al momento en el que lo realiza, no excluye el hecho de que el usuario ha recibido una ventaja por el uso de la tarjeta, que tiene como contraprestación el cobro de intereses por el mismo. El emisor está realizando un financiamiento al

---

<sup>587</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 551.

<sup>588</sup> COHEN VENTURA, «Nueva regulación de...», pp. 259-260.

tarjetahabiente o brindándole un crédito, por el cual es legítimo cobrar un precio, esto es, intereses compensatorios<sup>589</sup>.

Esta ha sido la postura que las administradoras de tarjeta de crédito históricamente han aducido, sosteniendo que estos intereses bonificables son intereses compensatorios que responden al “precio del dinero” que debe pagar el tarjetahabiente como contraprestación por poder gozar de un bien o servicio, sin haber desembolsado al momento de la compra los fondos necesarios para ello.

No puede perderse de vista que el tarjetahabiente goza de un beneficio desde el momento de la compra, en tanto adquiere un bien o servicio sin el desembolso de dinero en efectivo, esto es, se beneficia con el financiamiento de la compra. Por tanto, no podría decirse que los intereses carecen de causa<sup>590</sup>.

Sin embargo, por otro lado, corresponde señalar que otro sector de la doctrina discute la legitimidad de la percepción de intereses bonificables. En este sentido, SZAFIR SLOTOLOW ha sostenido que no es legítimo cobrar intereses compensatorios entre la fecha de compra efectuada por el tarjetahabiente y el vencimiento del estado de cuenta de la tarjeta, dado que el emisor de la tarjeta no tuvo todavía que desembolsar ningún pago al comercio donde el tarjetahabiente ha comprado. Por tanto, el interés se cobraría sobre un dinero prestado virtualmente, pues, no hubo un desprendimiento efectivo del capital, dado que el proveedor no ha entregado ese dinero ni al comercio ni al consumidor, careciendo de causa. Si el pago efectuado por el consumidor es contado no puede generar intereses y si estos no se generan tampoco pueden ser bonificados<sup>591</sup>.

Al respecto, corresponde citar las precisiones formuladas por RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ respecto al tema, quienes sostienen que los

---

<sup>589</sup> CAFFERA MORANDI, G., RODRÍGUEZ RUSSO, J., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. y MANTERO MAURI, E. *Intereses y Usura. Análisis de la Ley n° 18.212 desde la perspectiva del derecho Civil*, 4ta ed. (Montevideo: FCU, 2015), pp. 101-102.

<sup>590</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

<sup>591</sup> RODRÍGUEZ, op. cit. 14.

llamados intereses bonificables no pueden ser considerados intereses compensatorios, dado que, en puridad, no son la contraprestación del crédito, sino que estos intereses tienen la finalidad de alentar el puntual cumplimiento de la obligación de pago del tarjetahabiente. En definitiva, los intereses bonificables tienen naturaleza jurídica de cláusula penal o intereses moratorios encubiertos, pues, la circunstancia que genera la obligación de abonarlos es el incumplimiento del tarjetahabiente en abonar la totalidad de lo adeudado en el estado de cuenta. Es decir, la circunstancia que genera el cobro de los intereses bonificables es el no pago de la totalidad del saldo del estado de cuenta mensual o el pago parcial de dicho saldo. Por tanto, si los intereses bonificables se devengan en la hipótesis de incumplimiento u omisión de pago oportuno de la totalidad de la deuda, la única similitud que tienen con los intereses compensatorios es su forma de cálculo, pero difieren en su naturaleza. La referida naturaleza jurídica de cláusula penal o multa que se hace exigible toda vez que el tarjetahabiente no cancela el total de la deuda mensual, determina que, como consecuencia práctica, su monto debería ser adicionado al correspondiente interés moratorio como “otros cargos” (art. 10 de la LIU) a los efectos de determinar la existencia de intereses usurarios<sup>592</sup>, extremo que en la práctica comercial no sucede.

Asimismo, la causa de la bonificación o remisión realizada por la entidad financiera al tarjetahabiente parece alejarse de la artificial diferenciación de utilización como tarjeta de compra o tarjeta de crédito. En tanto la entidad bancaria ya ha cobrado como comisión al comercio los intereses por las compras efectuadas con la tarjeta de crédito, de modo que la entidad no estaría renunciando a una contraprestación por el uso tarjeta, sino que dicha contraprestación la estaría percibiendo respecto de otro integrante de la relación trilateral de la tarjeta de crédito: el comercio adherido<sup>593</sup>.

Más allá de las diversas posiciones que nuestra doctrina ha adoptado respecto de los intereses bonificables, debe recordarse que en nuestro país la LIU ha venido a poner un manto de legitimidad sobre dicha práctica. Si bien en

---

<sup>592</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, pp. 238-240.

<sup>593</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, comunicación personal, 27 de enero, 2024.

el art. 6 prohíbe el cobro de intereses bonificables en las tarjetas de crédito, dicha prohibición no es absoluta, pues, sólo rige para las tarjetas de crédito emitidas a favor de una persona física -quedando excluidas de la prohibición las tarjetas emitidas a favor de personas jurídicas, en tanto la norma refiere a la “finalidad de consumo personal o familiar”- y para el caso de que la tarjeta de crédito sea utilizada como tarjeta de compra, esto es, cuando el tarjetahabiente cancela el total del saldo del estado de cuenta en su fecha de vencimiento. Entonces, una cláusula que pacte intereses bonificables para el caso de que la tarjeta de crédito sea utilizada como tarjeta de compra sería contraria a una norma prohibitiva, provocando su nulidad absoluta (art. 8 CC) por objeto o causa ilícita y determinando que en caso de que el consumidor ya los haya abonado, éste adquiriera el derecho a solicitar su restitución (art. 1565 CC)<sup>594</sup>. No obstante, de esto no se deriva que toda cláusula que pacte intereses bonificables deba considerarse francamente abusiva. En tanto, corresponde recordar que la LIU legitimaría el cobro de los denominados intereses bonificables generados desde la fecha en la que el tarjetahabiente efectuó la compra -no desde el vencimiento del estado de cuenta-, pero únicamente en el caso de que exista un pago parcial del saldo del estado de cuenta. En este caso, dichos intereses bonificables se devengarán desde la fecha de la compra por el tarjetahabiente hasta la fecha de vencimiento del siguiente estado de cuenta o su efectivo pago<sup>595</sup>, pero no podrán aplicarse sobre la totalidad de la compra, sino sobre esta cantidad disminuida por las imputaciones de pagos parciales que realice el tarjetahabiente, de acuerdo con el régimen de imputación de la paga disciplinado en el art. 7 y 8 de la LIU<sup>596</sup>.

De los extremos señalados parecería resultar que, si bien resulta discutible que el cobro de intereses bonificables al tarjetahabiente genere un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, de acuerdo con el marco

---

<sup>594</sup> CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit., pp. 99- 100.

<sup>595</sup> CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit., pp. 104-105.

<sup>596</sup> CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit., p. 106.

legal vigente, no podemos afirmar con generalidad que las cláusulas que pacten intereses bonificables son abusivas en nuestro régimen jurídico.

En principio, serían claramente abusivos los intereses bonificables que se prevean contrariando las disposiciones de la LIU, la LRC y la Ley 19.713, por ejemplo, por pactar que los intereses bonificables se aplicaran aun en el caso de que la tarjeta de crédito haya sido utilizada como tarjeta de compra (por cancelación de la totalidad del saldo al momento del vencimiento<sup>597</sup>) o por pactar que dichos intereses se aplicaran desde la fecha del gasto sobre la totalidad del monto de la compra, sin la debida disminución por los pagos parciales que el consumidor haya realizado.

La complejidad y opinabilidad de la legitimidad del cobro de intereses bonificables continúa siendo hasta hoy en día un tema muy debatido, por los abusos en que se podría llegar a incurrir, sobre todo en los casos en los que el tarjetahabiente realizó una compra varios meses atrás y canceló el total de los estados de cuenta, y recién, por ejemplo, en el último estado de cuenta no abona el saldo total al vencimiento. Obsérvese que, si el tarjetahabiente ha efectuado una compra en 18 cuotas, abona 16 cuotas en plazo, pero al llegar a la cuota 17 el tarjetahabiente no paga el saldo total, o paga con atraso - generando que los intereses bonificables no se remitan o deduzcan el pago-, en el estado de cuenta siguiente se le generarán “intereses compensatorios” desde el día de la compra, realizada 17 meses antes. Por tanto, se estarían generando 17 meses de intereses en vez de realizar el cálculo desde el cierre del estado de cuenta anterior, generándose interés compensatorio por un solo mes, que, en definitiva, fue el efectivamente impago.

El ejemplo citado fue expresamente utilizado por la Asesoría Jurídica del BCU en las actuaciones administrativas que derivaron en el dictado de una Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros, que habiendo sido incoada su nulidad ante el TCA en Ficha N° 188/2022, la resolución impugnada

---

<sup>597</sup> En dicho caso podría sostenerse que la cláusula es nula por contrariedad a una norma prohibitiva (Ley de Usura), por objeto o causa ilícita (CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit., p. 100).

fue confirmada por sentencia definitiva N° 638/023 del 3 de octubre de 2023<sup>598</sup>, realizándose una interpretación armónica de la normativa vigente, que nos parece esclarecedora en relación a la complejidad de la cuestión.

En el citado caso la Asesoría Jurídica del BCU en dictamen N° 612/2021 estableció que, para analizar la procedencia del cobro de intereses bonificables, debe distinguirse según la tarjeta de crédito se use como “tarjeta de compra” o de “crédito”, distinción contenida en el art. 6 de la LIU. Sostiene el BCU que el citado artículo prohíbe el cobro de intereses bonificables en la hipótesis de que el usuario cancele el total del saldo del estado de cuenta en la fecha de vencimiento, tanto en el caso de que haya efectuado compras efectuadas en cuotas como en el caso de que lo haya realizado en un único pago. Pues, lo único que exige la norma para ingresar en la prohibición del cobro de intereses bonificables es que el usuario no haya realizado el pago de la totalidad del saldo en plazo. La única hipótesis en que la LIU legitima el cobro de intereses bonificables es cuando la tarjeta de crédito no es utilizada como “tarjeta de compra”, sino como “tarjeta de crédito”.

Al respecto, en el citado caso, el BCU ha destacado que la LIU en su art. 6 prohíbe a la Administradora de tarjeta de crédito el cobro de intereses cuando la tarjeta de crédito es utilizada como “tarjeta de compra”. Entonces, en tal hipótesis no podemos decir que exista una bonificación en los intereses potencialmente devengados, sino que directamente la norma prohíbe su cobro. Recién admite la aplicación de intereses cuando el tarjetahabiente se realiza la opción de utilizar la tarjeta como tarjeta de crédito propiamente dicha, esto es, cuando al vencimiento del estado de cuenta realiza un pago parcial del saldo u opta por no realizar pago alguno (art. 7 LIU). En consecuencia, estableció:

*“(…) el comienzo del cómputo de intereses no puede ser otro que aquel en que se realiza tal opción, es decir, al momento del pago parcial o no pago en su caso, al vencimiento de algún estado de cuenta.*

---

<sup>598</sup> Resolución RR-SSF-2022-2 del 10 de enero de 2022, sobre la cual se interpuso pretensión anulatoria ante el TCA, Ficha N° 188/2022, habiendo sido confirmada por STCA n° 638/023, 3 de octubre.

*Establecer tal comienzo en un momento anterior (como pretende la actora, desde la fecha de compra) supondría aplicar intereses a periodos de tiempo donde no existió jurídicamente “uso de dinero ajeno”, sino que encuadran en el mandato prohibitivo del artículo 6.”*

En síntesis, surge clara la posición del BCU respecto a la prohibición de cobrar intereses desde el día de la compra cuando el usuario ha cambiado de la modalidad de tarjeta de compra a tarjeta de crédito abonando el saldo total al vencimiento. Entiende la referida institución que la parte impaga de las compras realizadas con anterioridad al último estado de cuenta (en el ejemplo planteado, el incumplimiento de pago de la cuota 17 de una compra), integran el componente “A” del art. 8 de la LIU, formado por las deudas generadas en periodos de estados de cuenta anteriores al último, si los hubiera, devengando intereses desde la anterior fecha de vencimiento hasta la nueva fecha de vencimiento o su efectivo pago. No pudiendo considerarse que formen parte del componente “B” del art. 8 de la LIU, reservado para las compras efectuadas en el período del último estado de cuenta.

Dicha interpretación fue confirmada por el TCA en los Considerandos III, IV y V de la citada sentencia, destacando en este último que “(...) hay un efectivo financiamiento cuando el tarjetahabiente realiza la opción de utilizar la tarjeta como tarjeta de crédito propiamente dicha, opción que se materializa -según la estructura legal- cuando éste abona parcialmente el saldo pendiente al vencimiento de estado de cuenta o no realiza pago alguno. En consecuencia, el comienzo del cómputo de intereses no puede ser otro que aquel en que el tarjetahabiente realiza la opción antes referida. Por lo que pretender establecer el comienzo del devengamiento de intereses en un momento anterior como sostiene la recurrente (desde la fecha de la compra), supone aplicar intereses a periodos de tiempo donde no existió jurídicamente financiación.”

Adicionalmente, en lo que respecta a las cláusulas abusivas referentes al pacto de intereses, podría considerarse abusiva una cláusula que contraríe las reglas de imputación de la paga contenidas en la LIU, por ejemplo, por pactar que el pago parcial efectuado por el tarjetahabiente no se imputará a la deuda más antigua, sino a las más nueva, aumentando el periodo de

financiamiento por el cual se le cobrarán intereses compensatorios al consumidor. El régimen de imputación legal de la paga establecido por la LIU es de orden público, en tanto el propio art. 29 le confiere dicha naturaleza a esta ley, por tanto, no podrá ser dejado de lado por acuerdo de partes ni de forma unilateral por el propio deudor. Igualmente sería abusiva una cláusula por la cual se pacte que, en caso de atraso, los intereses moratorios corren desde la exigibilidad, en tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 inciso 2 de la LIU los intereses de mora solo se aplicaran a las operaciones de crédito vencidas e impagas, toda vez que se haya incurrido en mora. Por tanto, la norma no admite que se inicie el computo de intereses moratorios en un momento anterior a la constitución en mora. Una cláusula que pacte intereses moratorios desde la exigibilidad solo sería admisible si conjuntamente se pacta la mora automática del tarjetahabiente<sup>599</sup>.

También podría citarse como cláusulas abusivas relativas a la imputación de la paga, aquellas que contraríen las disposiciones sobre pago mínimo consagradas en el art. 19 de la LMPE y art. 382 de la RNRCSF. En las normas citadas se dispone que el monto del pago mínimo deberá cubrir, al menos: a) la totalidad de los intereses devengados hasta la fecha prevista para efectuar dicho pago mínimo; b) la totalidad de los cargos por uso y mantenimiento de la tarjeta imputados en el estado de cuenta de ese mes y c) un porcentaje prefijado, acordado con el cliente, del capital adeudado (saldo anterior más compras del mes) de forma tal que realizando únicamente los pagos mínimos la deuda se cancele en un período razonable y no se supere el límite de crédito acordado con el usuario en el contrato. Estas disposiciones buscan lograr que con los pagos mínimos el titular vaya cubriendo no sólo intereses o importes que no hagan disminuir el capital adeudado, sino que también vaya amortizando el capital de la deuda que mantiene. Evitando de esta forma un incremento continuo de la deuda mientras el usuario continúa utilizando la tarjeta y en definitiva, evitando llegar a un eventual problema financiero<sup>600</sup>. Una cláusula que admita pagos mínimos que no cumplan con los

---

<sup>599</sup> CAFFERA, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO, op. cit., p. 83.

<sup>600</sup> MILLER ARTOLA, op. cit., p. 551.

requerimientos normativos debería considerarse abusiva, en tanto provoca un desequilibrio que culmina perjudicando al usuario, mediante un apartamiento injustificado de la normativa vigente.

Analizaremos ahora las referencias que nuestra doctrina ha realizado a los llamados “intereses abusivos”. Normalmente dicha expresión ha sido utilizada para referir a la situación en que la parte dominante impone al consumidor mediante una cláusula abusiva, un interés que resulta anormal, irrazonable, o que está fuera del estándar de la ley o el mercado, dando lugar en consecuencia a intereses abusivos. Como enseña LARRAÑAGA ALFARO la ilicitud en estos casos se basa en la transgresión a los principios de igualdad y buena fe, esto es, en contrariedad a lo dispuesto en el art. 30 de la LRC. Sin embargo, debe recordarse que la LRC excluye a las prestaciones de las partes del análisis de la abusividad de una cláusula. Entonces, el precio no queda sujeto al juicio de abusividad, incluyendo los intereses compensatorios – precio que cobra la entidad financiera por el crédito conferido- dentro del ámbito excluido del análisis de la abusividad. No obstante, la norma tiene una salvedad que permite ingresar al análisis la abusividad de los intereses compensatorios (precio) cuando establece “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. En base a esta previsión legal, LARRAÑAGA ALFARO ha sostenido que la única forma en que una cláusula de intereses compensatorios excesivos pueda resultar abusiva, es por violación al deber de transparencia e información del proveedor. De acuerdo con las reglas de la transparencia, la redacción de la cláusula debe ser clara, en cuanto a los caracteres de escritura y comprensible, esto es, que permita al consumidor un cabal conocimiento de los derechos y deberes en juego mediante la lectura del texto negocial. Por tanto, si nos encontramos ante una redacción oscura, confusa, compleja o sin posibilidad de comprensión directa por el consumidor medio, puede entenderse que la cláusula referida a la tasa de interés pactada es abusiva<sup>601</sup>. Es importante distinguir que en dicho caso no nos encontramos ante intereses abusivos (abusividad sustancial), sino ante una cláusula que, debido a la falta de claridad en el pacto de intereses a cobrar por la entidad

---

<sup>601</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 596.

emisora, resulta abusiva por infracción al principio de transparencia, incurriendo en una hipótesis de abusividad formal<sup>602</sup>. En efecto, si nos encontramos frente a una cláusula de interés con contenido ambiguo, funciona la regla de interpretación contra el estipulante (interpretación más favorable para el tarjetahabiente en este caso), no obstante, la posibilidad de declararla abusiva estaría cerrada, pues el art. 30 de la LRC excluye la relación precio-bien en la valoración de la abusividad. Sin embargo, si nos encontramos ante una cláusula redactada en términos incomprensibles e ininteligibles en la que se pacte una tasa de interés excesiva (sin llegar a ser usuraria) dicha cláusula será abusiva, no por la tasa de interés pactada, sino también por su forma, contrariando el principio de transparencia e incurriendo en abusividad formal.

En el régimen español, las cláusulas de intereses remuneratorios también quedan excluidas del control de contenido consagrado en los arts. 80 y 82 del TRLGDCU a los efectos de determinar su abusividad. Así en reciente sentencia del TS, Sala de lo Civil de Madrid STS 600/2020 de 4 de marzo, estableció al respecto: *“i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente”*<sup>603</sup>.

Por tanto, al igual que en el ordenamiento jurídico nacional, la única posibilidad de que una cláusula de interés remuneratorio sea declarada abusiva consiste en que no sobrepase el correspondiente “control de transparencia”. Hipótesis no extraña, por cuanto en diversas ocasiones sucede que las cláusulas relativas al cálculo de intereses, multas, pagos mínimos, parciales y demás gastos, no resultar discernibles para un profesional de derecho y, por

---

<sup>602</sup> CAFFERA, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO, op. cit., pp. 78-79 y 102.

<sup>603</sup> STS, Sala de lo Civil de Madrid STS 600/2020 de 4 de marzo. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/41fa53d36b3d0e98/20200305>.

tanto, menos aún para un consumidor medio. Extremo que nos conduciría a la nulidad de la cláusula que los pacte en dichos términos<sup>604</sup>.

Distinta es la situación respecto a los intereses moratorios, multas, gastos y otros, dado que nuestra doctrina ha considerado que estos rubros no integran el concepto de precio en sentido estricto y, por consiguiente, aunque sean claros y comprensibles pueden ser declarados abusivos por ser contrarios a la buena fe objetiva o producir un desequilibrio<sup>605</sup>. En similar sentido, en el régimen jurídico español se ha sostenido que no hay impedimentos para someter las cláusulas de interés moratorio al control de contenido establecido en el TRLGDCU, pues, su función no es la de fijación del precio sino la de penalizar el incumplimiento, esto es, fijar una indemnización por el daño generado por el incumplimiento<sup>606</sup>. En efecto, se han declarado nulas muchas cláusulas por establecer intereses moratorios desproporcionadamente altos o excesivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 85.6 del TRLGDCU. Para valorar la abusividad de las cláusulas que establecen intereses moratorios, los jueces deben valorar el caso concreto, considerando las circunstancias al momento de la celebración del contrato y sus demás cláusulas, así como deben contrastar la cláusula que se analiza con el Derecho supletorio, esto es, el Derecho aplicable ante la inexistencia de dicha cláusula. Al respecto, los diversos pronunciamientos judiciales y la doctrina han planteado la comparación del interés remuneratorio pactado con diversos parámetros legales tales como la tasa anual no superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (previsto en el art. 20.4 de la Ley de Contratos de Créditos al Consumo nº 16/2011) o el interés legal del dinero fijado para el año que se concertó el contrato, entre otros. No obstante, no hay un parámetro unánime a los efectos de la determinación de la abusividad de la cláusula de interés moratorio pactada, estos son alguno de los límites adoptados en los procedimientos

---

<sup>604</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 601.

<sup>605</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 597.

<sup>606</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, op. cit., p. 238.

judiciales para determinar si los intereses moratorios pactados son desproporcionadamente altos o excesivos<sup>607</sup>.

En nuestra doctrina, LARRAÑAGA ALFARO ha sostenido que correspondería que el juez declarase la nulidad parcial de la cláusula de interés remuneratorio abusiva e integre la cláusula rehaciendo la ecuación económica del contrato y en el caso de que los intereses pactados resulten abusivos, los reduzca de forma equitativa hasta lograr el justo precio. Para determinar dicho precio, la doctrina ha manejado tres opciones: *a-* BLENGIO MASSOLO y GAMARRA SAGARRA entienden que corresponde aplicar la tasa de interés legal según sea moneda nacional o extranjera, reajustada o no, por cuanto el Derecho dispositivo es la expresión de lo que el legislador consideró adecuado, razonable y equilibrada; *b-* SZAFIR SLOTOLOW sostiene que el juez deberá fijar la tasa de interés guiado por la equidad –entendida como la guía a la justicia para el caso concreto- y la buena fe; *c-* DE CORES HELGUERA entiende que el juez debe acudir a la estimación del justo precio que indica el mercado, tal como sucede en las referencias de la legislación a los intereses corrientes que cobran los bancos públicos (art. 532 y 713 del CCom), el tipo corriente bancario (art. 100 y 101 Decreto Ley 14.701) o el corriente para operaciones activas (art. 42 y 43 Ley 14.412)<sup>608</sup> y *d-* CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y MANTERO MAURI<sup>609</sup> entienden que deberían utilizarse para llenar el vacío de la tasa de interés, los informes comparativos de tasas de interés que el art. 13 de la LIU ordena publicar al BCU y a UDECO tomándose como referencia las operaciones con mayor similitud -por su naturaleza, monto, plazo y moneda.- para completar el vacío dejado por la nulidad de la cláusula formalmente abusiva, en tanto reflejan las bases normalmente aceptadas en el mercado<sup>610</sup>.

---

<sup>607</sup> SERRA RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 7-8.

<sup>608</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., pp. 597-598.

<sup>609</sup> CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit., pp. 80-81.

<sup>610</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 80.

#### 4. Cláusula de aceleración de vencimiento

También suelen encontrarse en los contratos de emisión de tarjeta de crédito las denominadas cláusulas de aceleración de vencimiento, mediante las cuales se pacta para el caso del fraccionamiento de la prestación en cuotas, que el incumplimiento de una o varias de éstas hará exigible la totalidad de lo adeudado. Este pacto de aceleración o caducidad convencional de los plazos es válido e incluso admitido en la LIU de forma implícita en el inciso 3º del art. 3, con la siguiente limitación en su eficacia: sólo podrán aplicarse intereses de mora sobre las cuotas cuyo plazo de vencimiento original se encuentra vencido. Esto es, no podrán aplicarse intereses de mora sobre las cuotas futuras que se hicieron exigibles en virtud de la caducidad anticipada del plazo, en tanto respecto de dichas cuotas el deudor estaba formalmente en condiciones de cumplir de acuerdo con el cronograma de pago originalmente pactado. Entonces, con la cláusula de aceleración el acreedor logrará anticipar la exigibilidad del capital, pero no de los intereses moratorios. Con esta limitante el legislador buscó brindar una protección al deudor respecto a una práctica abusiva consistente en hacer caducar todas las cuotas restantes para aplicar sobre éstas los intereses moratorios<sup>611</sup>. Por tanto, en este contexto normativo, una cláusula de aceleración anticipada que prevea la aplicación de intereses moratorios sobre las cuotas que originariamente no se encontrarían vencidas, podría considerarse abusiva.

Al respecto, puede destacarse que la jurisprudencia española también considera válidas las cláusulas de vencimiento anticipado, en tanto el plazo pactado en un inicio sólo es exigible mientras subsistan las garantías del acreedor, pero si estas desaparecen concurre una justa causa. Sin embargo, el TS ha considerado abusiva una cláusula que preveía el vencimiento anticipado “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”<sup>612</sup> sosteniendo que, dicha causa no refiere a la insolvencia en sí misma, pues, no se permite al deudor la posibilidad de

---

<sup>611</sup> CAFFERA MORANDI, RODRÍGUEZ RUSSO, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y MANTERO MAURI, op. cit, pp. 76-77.

<sup>612</sup> STS, Sala de lo Civil, del 16 de diciembre de 2009. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2010, Aranzadi Professional, BIB 2010\723 (Madrid: Aranzadi, 2010), p. 2.

constituir nuevas garantías. Para admitir una cláusula válida en estas situaciones, la insolvencia del consumidor deberá presentarse de forma cierta y actual, utilizando para esto las presunciones que se prevén en el Derecho concursal, recayendo en la entidad financiera la carga de la prueba de la insolvencia. Asimismo, en la misma sentencia del TS del 16 de diciembre de 2009<sup>613</sup> se han estimado abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias, dado que, en dichos casos, se estaría dejando discrecionalidad a la entidad para resolver el contrato, con un desequilibrio manifiesto en perjuicio del consumidor<sup>614</sup>.

### **C. Cláusulas que establecen ventajas abusivas para el proveedor**

#### **1. Cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al proveedor sin causa razonable o justa causa<sup>615</sup>**

Las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios son consideradas abusivas por el art. 31 literal A de la LRC, salvo que dicha exoneración o limitación se encuentre habilitada por una norma de Derecho o cualquier otra causa justificada.

En general, las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad presuponen la existencia de una obligación contractual de dar, hacer o no hacer alguna cosa y con su consagración en el contrato se busca lograr el efecto de impedir o limitar – según se pacte- la responsabilidad que resulte del incumplimiento<sup>616</sup>. Este tipo de cláusulas son válidas en la contratación paritaria, pues, los contratantes pueden introducir estas cláusulas en el marco de la autonomía de la voluntad sin estar alcanzados por normas de orden público. Sin embargo, cuando dichas cláusulas aparecen en los contratos

---

<sup>613</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/211685387>.

<sup>614</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 66; EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit. p. 64.

<sup>615</sup> SZAFIR SLOTOLOW, «Análisis Exegético...», p. 326.

<sup>616</sup> FERRER MONTENEGRO, «Las cláusulas de exclusión...», p. 110.

celebrados entre un proveedor y consumidor, rige las limitaciones consagradas en la LRC en virtud de su carácter de norma de orden público<sup>617</sup>. En este sentido se ha pronunciado la SCJ en sentencia n° 803/2012, en la que ha establecido que las cláusulas que consagran la nulidad de la apuesta cuando las máquinas de azar funcionan mal, exonerando al proveedor por el mal funcionamiento de la máquina tragamonedas, transgreden la LRC por ser abusiva. La inclusión de una cláusula de esta naturaleza en el contrato de adhesión no es consecuencia de un acuerdo libremente consentido como ocurre en los contratos negociados, sino que, tratándose de un contrato impuesto, el consentimiento no es una verdadera autocomposición de los intereses contrapuestos, justificando la expresa inclusión de las cláusulas que exoneran de responsabilidad por vicios del producto o servicio en el elenco legal de cláusulas abusivas<sup>618</sup>.

Respecto de la admisibilidad legal de este tipo de cláusulas, se han esgrimido como argumentos para validar las cláusulas de exclusión de la responsabilidad, que la irresponsabilidad del proveedor se compensa con ventajas equivalentes otorgadas al consumidor, consistente en la reducción del precio. Encontrándonos con contratos que estipulan una doble tarifa: un precio más elevado cuando existe responsabilidad integral del empresario y otro menor acompañado de una cláusula de limitación de responsabilidad. No obstante, este argumento ha sido rechazado por la doctrina, estableciéndose que es socialmente más justo imponer un precio mínimamente superior a todos los adherentes del contrato de adhesión, que imponer de forma unilateral la transferencia de los riesgos de incumplimiento al consumidor, extremo que seguramente será advertido por éste en el momento en el que se encuentre privado de la indemnización por el incumplimiento del predisponente<sup>619</sup>.

Considero que la prohibición expresa de esta cláusula tiene su fundamento en que implicaría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, contrariando lo dispuesto en el art. 1253 del CC, quedando

---

<sup>617</sup> FERRER MONTENEGRO, id *ibid*.

<sup>618</sup> SSCJ n° 803/2012, 12 de setiembre (CHEDIAK GONZÁLEZ, J.).

<sup>619</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 233.

en libertad de cumplir o no sin quedar sujeto a las consecuencias desfavorables del incumplimiento, esto es, de la obligación de reparar los daño que el incumplimiento pudiera causar<sup>620</sup>.

En el contrato de emisión de tarjeta de crédito debe observarse que, tal como lo ha sostenido nuestra jurisprudencia siguiendo a SAUX, la profesionalidad del banquero conduce al afinamiento del concepto de culpa que le es imputable, lo que implica analizar en el caso concreto la reprochabilidad subjetiva de acuerdo con los elementos, recursos, capacidades y obligaciones legales que la entidad financiera o bancaria tiene, comparadas con las del consumidor, que es un mero adherente a las condiciones predispuestas en negocios prerredactados. La entidad bancaria está sujeta a una serie de normas que le imponen un proceder técnico y legal derivado del principio rector de la buena fe. Su responsabilidad está comprendida en la categoría de responsabilidad profesional, en tanto el banco realiza las operaciones bancarias haciendo de ellas su profesión habitual<sup>621</sup>.

En general, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad exoneran al deudor de la obligación de reparar los daños que el incumplimiento de aquella obligación pudiera causar al consumidor, en sus bienes o intereses patrimoniales. Mediante este tipo de cláusulas el predisponente traslada de forma total o parcial el riesgo que tiene todo deudor de no poder cumplir con su prestación, o hacerlo de forma inexacta o tardía, produciendo un apartamiento de las normas dispositivas que asignan dichos riesgos al deudor. El predisponente intenta deslindarse de su deber de no dañar a otro<sup>622</sup>.

Dentro del grupo de cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del proveedor podemos distinguir cuatro tipos de cláusulas: las cláusulas de exoneración total de responsabilidad (salvo en casos de dolo o culpa grave), cláusulas de exoneración parcial o referida a uno o más riesgos determinados, cláusulas de limitación de la responsabilidad a una cantidad fija

---

<sup>620</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVII, v. 1 (Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1976), p. 208.

<sup>621</sup> SJLC 1° Turno n° 29/2003, (RODRÍGUEZ MASCARDI, T.) recogida en SSJ n° 102/2020, 21 de mayo (MARTÍNEZ ROSSO, E.).

<sup>622</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 234 y 235.

determinada como liquidación anticipada de daños (independientemente del daño efectivamente causado) y, finalmente, las cláusulas de limitación de la responsabilidad con un tope de monto determinado<sup>623</sup>.

Como vimos, nuestra legislación no prohíbe este tipo de cláusulas de forma absoluta, sino que establece que las limitaciones de responsabilidad serán válidas cuando existe una norma habilitante o una causa justificada para ello<sup>624</sup>. La redacción de la norma es bastante amplia, pudiéndose generar problemas interpretativos que nos llevan a una falta de certeza jurídica respecto a la declaración de nulidad de estas cláusulas.

Al respecto, puede citarse la sentencia n° 109/2012 del TAC 7<sup>o</sup><sup>625</sup> en la que en el marco de una relación de consumo trabada entre un consumidor financiero inversionista y un banco que operaba como asesor de inversión, se dispuso que, a pesar de la regulación sobre los contratos de adhesión y la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas contenidas en la LRC, las cláusulas de exoneración de responsabilidad no están prohibidas por ninguna norma legal ni dejan de ser cláusulas contractuales. Por el contrario, estas cláusulas son usuales en las operaciones bancarias y están basadas en el sentido común que indica que la institución financiera no se puede hacer responsable por el resultado de las operaciones cuyo futuro y suerte no dependen del banco, lo que, en todo caso, no podría el actor desconocer por su experiencia en transacciones bancarias (arts. 1291 y 1297 del CC). Entendiendo que, en el caso, existió una “justa causa” (art. 31 lit. “A” “in fine” de la LRC) que amerita admitir que el banco requiera para el consentimiento contractual, la exoneración de responsabilidad por las decisiones de inversión o por los resultados de los negocios del cliente cuyo producido no dependa de

---

<sup>623</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 235 y 237.

<sup>624</sup> Al respecto, la Doctrina ha sostenido que cuando el legislador realizó la salvedad de cuando una norma de derecho habilite la exoneración o limitación de responsabilidad, lo hizo teniendo presente las normas que regulan la responsabilidad y límites cuantitativos impuestos por ley y acuerdos internacionales suscritos por Uruguay que disponen la limitación o exoneración de responsabilidad, como los celebrados en materia de transporte, y daños producidos por el uso de la energía nuclear (FERRER MONTENEGRO, «Las cláusulas de exclusión...», pp. 110 y 117).

<sup>625</sup> Disponible en BJA: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=253722> (consultada el 26/02/2023).

las prestaciones que da el banco, siendo, en definitiva, de costumbre en las operaciones de riesgo y en las labores bancarias.

La doctrina nacional ha interpretado que en cuanto a los eximentes de responsabilidad de la entidad emisora de la tarjeta de crédito debiera aplicarse lo dispuesto en los arts. 1342 y 1343 del CC, siendo admisible la exoneración de responsabilidad cuando ésta proviene de causa extraña que no le sea imputable al proveedor, así como en caso de fuerza mayor o caso fortuito<sup>626</sup>. Recordemos que, en este sentido, el art. 6 del Decreto nº 78/002 dispuso que las eximentes de responsabilidad previstas en el contrato de tarjeta de crédito deben ser las previstas en el régimen general de responsabilidad contractual (arts. 1342 y 1343 del CC y art. 33 de la LRC). No obstante, parece claro que la entidad emisora de la tarjeta de crédito no puede eximirse de responder por un daño que ha causado culposamente<sup>627</sup>. Menos aún puede admitirse las cláusulas que pretendan exonerar de responsabilidad al proveedor en caso de dolo o culpa grave, por cuanto, en el primer caso, se encuentra en juego el orden público y en el segundo, se atenta contra el principio de buena fe (art. 1291 inciso 2º del CC), la seriedad del vínculo (art. 1253 del CC) y la moral y buenas costumbres (arts. 1284 y 1288 del CC). De manera que la exoneración de responsabilidad alcanzaría únicamente a los casos de culpa leve y en la medida que la situación creada no comprometa el orden público<sup>628</sup>.

Sin embargo, como en la norma no se define ni restringe cuales serían esas causales de justificación, éstas podrían tener fuente legal o contractual (disposiciones del contrato de emisión de tarjeta de crédito), e inclusive derivarse de la propia naturaleza del producto o servicio (de la operativa misma de la tarjeta de crédito). No obstante, consideramos que la jurisprudencia debería realizar una interpretación restringida de la norma al momento de analizar las causales de eximente de responsabilidad y justificación, en tanto su

---

<sup>626</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 229. En general, la causa extraña no imputable, la fuerza mayor y el caso fortuito son espacios claros que el Derecho positivo uruguayo deja en los cuales puede pactarse una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad (FERRER MONTENEGRO, «Las cláusulas de exclusión...», p. 117).

<sup>627</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 232.

<sup>628</sup> LÓPEZ FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 236 y 238.

calidad de excepción a la regla general implican *per se* que deban ser interpretadas de forma restrictiva, so pena de que la previsión legislativa se vuelva letra inerte o de nula utilidad.

En el caso del contrato de la emisión de tarjeta de crédito podemos citar como ejemplo de este tipo de cláusulas a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por mal funcionamiento del sistema o intromisión de terceros. Al respecto, debemos recordar que es obligación del emisor de la tarjeta disponer las medidas pertinentes que permitan garantizar razonablemente la seguridad del sistema en que opera el instrumento de pago, así como velar por el correcto funcionamiento del sistema y la prestación continua del servicio en circunstancias normales, tal como se establece expresamente en el art. 15 literales G y H de la LMPE. Asimismo, la citada norma consagra en su art. 16 literal "c" la responsabilidad del emisor por la totalidad de los importes imputados en la cuenta del cliente originados en el mal funcionamiento del sistema o fallas en su seguridad que no sean atribuibles a incumplimientos de las obligaciones del usuario. Por tanto, una limitación genérica de la responsabilidad del emisor de la tarjeta de crédito parece inadmisibles en el marco normativo nacional, debiendo calificarse como abusiva.

En este sentido, puede citarse la sentencia n° 67/2020 del Juzgado Letrado Civil de 5° Turno<sup>629</sup>, en la que, con interesantes desarrollos doctrinarios se estableció que en la banca *on-line* la entidad bancaria debe cumplir con ciertos estándares de seguridad y diligencia debida, de forma tal que debe alertar al consumidor financiero en caso de movimientos inusuales. En el caso se condenó a la entidad bancaria, por no haber cursado comunicaciones a su cliente por la realización de transferencias bancarias reiteradas desde un equipo informático con IP en Australia (no ligada al usuario). Se entendió que en el ámbito de banca *on-line*, las medidas de seguridad deben tener un carácter dinámico o renovable para combatir la suplantación de identidad. En caso de que la institución bancaria no acredite con la plenitud necesaria que ha tomado las medidas de seguridad en caso de operaciones no concretadas, se entiende que no es admisible su exoneración de responsabilidad. Asimismo, se

---

<sup>629</sup> SJLCiv 5° Turno n° 67/2020, 26 de octubre (BENÍTEZ CAORSI, J) .

establece que la institución bancaria debe cumplir con el principio de prevención o precaución como forma de evitar el daño y disuasión de un comportamiento negligente en casos de amenaza. La inobservancia de la diligencia debida deviene de la ausencia de un sistema de alertas, que se comunique vía remota con el cliente, para informar acerca de la operación “anormal” y su eventual consentimiento. De manera que la exclusión de responsabilidad por una actividad que está dentro de la esfera de control de control de la entidad bancaria encuadra en la noción de cláusula abusiva. Ante la realización de operaciones anormales o sospechosas, deben “saltar las alarmas”, correspondiendo que se efectúe una comunicación con el consumidor a través de un mail o mensaje al titular de la acción realizada con el envío de la alerta. Destaca la sentencia que es a todas luces inexigible, una especie de garantía absoluta contra la suplantación de identidad, no obstante, el juicio de reprochabilidad tiene lugar cuando la entidad bancaria no se contacta con su cliente a los efectos de corroborar su consentimiento respecto de las operaciones inusuales.

En España se ha declarado la nulidad de este tipo de cláusulas que exoneran a la entidad emisora de toda responsabilidad por el mal funcionamiento de su sistema informático por cualquier causa que afecte la utilización de las terminales para operar con las tarjetas, o por la intromisión de terceros fuera del control de la entidad emisora. También se ha entendido que son abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad por los daños que se generen por interrupciones, omisiones, virus o desconexiones ocurridas en el sistema operativo de la tarjeta por causas ajenas al banco. La generalidad de la exoneración de toda responsabilidad es lo que torna a estas cláusulas abusivas, dado que su exclusión incluye aún el caso en que el problema venga ocasionado por los equipos del banco o sus empleados. Como mínimo debería estipularse una carga de la prueba para la entidad de que no ha tenido intervención o concausa en los hechos acaecidos. Obsérvese que la entidad financiera al exonerarse de responsabilidad por el uso fraudulento del sistema por parte de un tercero tan siquiera debe probar que sus sistemas

operan mediante páginas seguras o con sistemas antivirus.<sup>630</sup>. Esto es, ni siquiera la entidad necesita probar que ha obrado con la diligencia de un buen hombre de negocios, tomando las medidas necesarias para dotar de seguridad a los servicios que brinda. La responsabilidad de estos eventos debería ser soportada en realidad por las entidades financieras, por cuanto el usuario no tiene ninguna intervención ni potestad de control sobre el funcionamiento de los sistemas operativos. Es un riesgo inherente al negocio y a la función prestada por el emisor de la tarjeta y que por tanto debe ser asumido por éste. Una cláusula que traslade dicho riesgo en forma total al consumidor debería indefectiblemente ser considerada abusiva, por cuando implicaría una limitación de los derechos del consumidor y, sobre todo, provocaría un desequilibrio desproporcionado entre los derechos y obligaciones de las partes. En este sentido puede citarse a vía de ejemplo la sentencia de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005, confirmada por el TS en la que se declara abusiva la cláusula que establece una exoneración de responsabilidad del banco frente a los fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjeta o en los sistemas informáticos de soporte a la banca electrónica<sup>631</sup>. La sentencia se funda en que sólo a la entidad financiera puede serle imputable el correcto funcionamiento de sus máquinas y procedimientos. No puede cargarse al usuario con los errores informáticos que puedan acontecer, resultando abusivas las cláusulas que pretendan eximir genéricamente a la entidad bancaria de las incidencias de tipo técnico u operativo que se produzcan en los cajeros automáticos o terminales de captura. Siendo válidas únicamente cuando el propio consumidor ha causado la avería en la terminal, o cuando habiendo sido avisado de ésta, la hubiere igualmente utilizado<sup>632</sup>. En similar sentido, puede citarse la sentencia de la AP de Sevilla nº 22/2005 de 31 de

---

<sup>630</sup> DOMINGOS SANCA , F., Tesis Doctoral «Comercio electrónico y pago mediante tarjeta de crédito en el ordenamiento jurídico español: una propuesta para su implementación en el ordenamiento jurídico de Guinea-Bissau». (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2013). Disponible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho\\_Domingos\\_Sanca\\_tesis.pdf;jsessionid=F962314CB6351E7641013A0FA5A2EC2B?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho_Domingos_Sanca_tesis.pdf;jsessionid=F962314CB6351E7641013A0FA5A2EC2B?sequence=1) (consultado el 6/5/2020), pp. 308-309.

<sup>631</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 64; EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit. p. 67.

<sup>632</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 64.

enero<sup>633</sup>, en la que se consagra la responsabilidad del banco emisor en caso de fallos de sistema, emisión de mensajes incorrectos que conducen a confusión e intervención fraudulenta por terceros, en aplicación de la teoría del riesgo profesional inherente al tráfico bancario<sup>634</sup>.

La exoneración de responsabilidad total no puede admitirse, puesto que es el banco el titular de los medios tecnológicos y quien debe responder frente a su cliente por cualquier anomalía producida en sistemas de terceros vinculados con la tarjeta, o por la actuación negligente de éstos que implique tolerar un uso inadecuado de la misma. La entidad no puede intentar desplazar su responsabilidad contractual sobre la actuación de otros con los que el cliente no tiene relación contractual alguna. Un comportamiento correcto de la entidad implica que sea diligente para impedir situaciones perjudiciales al consumidor, ajenas a la actuación de éste y que vengan dadas por causas fortuitas. En base a dichos extremos, resulta entonces abusiva la cláusula que exonera totalmente de responsabilidad a la entidad y que trata de desplazar sobre el consumidor esos errores de terceros<sup>635</sup>.

Asimismo, con relación a la ausencia de culpa del tarjetahabiente, pueden citarse como abusivas las cláusulas que imponen al usuario de forma indebida la carga de la prueba de su diligencia. Así ha sido expresamente previsto en el art. 82. nº 4, literal D del TRLGDCU y ha sido aplicado en la sentencia de la AP de Toledo nº 270/1999 de 1 de julio, en la que se ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del titular de la tarjeta debe recaer en la entidad emisora bancaria, que opone esta causa excluyente de su responsabilidad<sup>636</sup>.

Podemos citar como otro ejemplo de cláusulas de exoneración de responsabilidad del proveedor, a aquellas cláusulas que se incluyen en algunos

---

<sup>633</sup> Disponible en; <https://vlex.es/vid/tarjeta-sustraccion-tenedor-abusiva-18794481>.

<sup>634</sup> Sentencia citada por CHAPARRO MATAMOROS, P., «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el ámbito bancario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2/2013, BIB 2013\711 (Madrid: Aranzadi, 2013), p. 80.

<sup>635</sup> SÁNCHEZ CALERO, J., «Tarjetas de Crédito y tutela del consumidor», *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, año nº 24, nº 98, 2005. Disponible en: [https://eprints.ucm.es/5975/1/Tarjeta\\_cr%C3%A9dito.pdf](https://eprints.ucm.es/5975/1/Tarjeta_cr%C3%A9dito.pdf) (consultado el 8/5/2020), p. 39.

<sup>636</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit, p. 99.

contratos de emisión de tarjetas de crédito responsabilizando al tarjetahabiente por los consumos realizados en los casos de falsificación o clonación de tarjeta de crédito, en el momento previo a la comunicación cursada a la entidad emisora.

Previamente a ingresar en el análisis de este tipo de cláusulas, corresponde recordar que la LMPE ha consagrado expresamente dentro de las obligaciones del usuario de la tarjeta, en su art. 17 literales A y B, la de ser responsable de la conservación y correcto uso de la tarjeta, así como de informar al emisor de forma fehaciente e inmediatamente luego de detectarlo, la sustracción, hurto, rapiña o extravío de la tarjeta, las operaciones no efectuadas por él o por terceros autorizados por este, así como los fallos o anomalías detectadas en el uso del servicio. Asimismo, en el art. 14 de la citada norma se obliga expresamente a que, en el contrato de emisión de tarjeta de crédito, se prevea la responsabilidad de las partes en caso de sustracción, hurto, rapiña, extravío o falsificación del medio de pago electrónico y la forma en que el usuario deberá efectuar el procedimiento de denuncia de estos hechos.

De forma análoga, en el régimen jurídico español la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, en su art. 27 literal "b" impone a los usuarios de servicios de pago la obligación de custodia de la tarjeta y de notificar a la entidad emisora en casos de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, sin demoras indebidas, en cuanto tenga conocimiento de ello.

No obstante, el hecho de que el usuario de la tarjeta se encuentre obligado a cursar la debida comunicación a la entidad bancaria en los citados casos, no legitima a ésta para establecer cláusulas que la exoneren totalmente de responsabilidad en casos de extravío, robo o manipulación de tarjetas de crédito<sup>637</sup>. Esto es, en principio, una cláusula contractual que imponga al usuario de la tarjeta la obligación de su guarda y custodia para evitar su posible pérdida, robo o extravío, es perfectamente válida, tal como ha sido considerado

---

<sup>637</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 77.

por la jurisprudencia española, pues, implica una carga que debe asumir el usuario, establecida en su propio beneficio – no en su perjuicio- no pudiendo reputarse abusiva ni desproporcionada<sup>638</sup>. Dicha obligación de custodia implica tomar las precauciones adecuadas para evitar la pérdida de la tarjeta, pero ello no puede implicar que el usuario esté obligado a comprobar con una periodicidad determinada si la tarjeta se encuentra o no en su poder. La responsabilidad del usuario debe nacer únicamente en el caso de inobservancia de la obligación de custodia o de notificación en el plazo más breve posible, una vez conocida la desaparición de ésta. Exigiéndosele al usuario la diligencia de un buen padre de familia<sup>639</sup>.

En este contexto, puede destacarse que en algunos contratos de emisión de tarjeta de crédito se han incluido cláusulas que establecen un límite cuantitativo de la responsabilidad por los consumos realizados en ese periodo previo a la notificación que el usuario debe realizar. En este caso, la asignación del riesgo de falsificación al usuario de la tarjeta podría tener como fundamento un eventual incumplimiento del titular de su obligación de conservación de la tarjeta. Sin embargo, corresponde destacar que dicha falsificación puede darse aun cuando el titular de la tarjeta haya actuado con toda la diligencia exigible en el cumplimiento de dicha obligación de conservación<sup>640</sup>, como sucede en el caso de captación ilegítima por terceros de los datos de la tarjeta de crédito y de identificación de su titular en las operaciones de comercio electrónico realizadas por el tarjetahabiente. En este caso, la falsificación o clonación de la tarjeta de crédito opera de forma tal que los datos de la tarjeta son extraídos de modo fraudulento, sin que su tarjetahabiente se entere. La apropiación de los números y datos de la tarjeta puede darse también por una comunicación inconsciente o bajo coacción, o puede darse una apropiación indebida del

---

<sup>638</sup> En este sentido pueden citarse las sentencias de la AP de Barcelona del 14 de mayo de 1993, de Sevilla del 31 de enero de 1995 y de Girona nº 97/2006 del 17 de marzo (CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 81).

<sup>639</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 81. En este sentido pueden citarse la sentencia de la AP de Madrid nº 642/2004 del 6 de octubre, y de la AP de Baleares nº 433/1999 del 25 de junio.

<sup>640</sup> MARIÑO LÓPEZ, «Daños por falsificación de tarjeta de crédito en la jurisprudencia uruguaya: a propósito de la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno de 19 de diciembre de 2003», *Revista Crítica de Derecho Privado*, nº 2, La Ley Online: UY/DOC/459/2010, p. 289.

número de la tarjeta y sus códigos por parte del personal del banco emisor de la tarjeta, el personal de correos, un restaurante u otro establecimiento donde el tarjetahabiente utilice su plástico. Situaciones todas en las que, al no implicar una sustracción de la tarjeta, pueden pasar desapercibidas por su titular.

De igual forma sucede en el caso de la captación de los datos de la tarjeta de crédito mediante una modalidad de fraude de alta tecnología, a través del procedimiento llamado “skimming”, que consiste en la inserción de dispositivos electrónicos en cajeros automáticos o en los dispositivos que se utilizan para operar con cualquier tarjeta de crédito o débito con los que se captan los datos ingresados al efectuar la transacción, siendo almacenados en un dispositivo tecnológico que puede depositarlos en una nueva tarjeta creada por los delincuentes. Normalmente la nueva tarjeta tiene el mismo número y datos que la tarjeta original, pero con el nombre de otra persona, que será quien la utilizará para efectuar compras con la tarjeta falsificada<sup>641</sup>.

En los casos citados puede considerarse que, tratándose de un hecho imprevisible e inevitable para el titular de la tarjeta, su responsabilidad debe consagrarse en los términos dispuestos en el art. 1342 del CC. La doctrina ha sostenido que una cláusula que establezca la responsabilidad del tarjetahabiente en todos los casos, por los consumos realizados en casos de falsificación, pérdida o sustracción, o por las operaciones efectuadas en el período anterior a la notificación, debería reputarse abusiva. Por cuanto, hace recaer en responsabilidad al titular de la tarjeta por un hecho absolutamente externo a su voluntad y que, por tanto, de acuerdo con lo que establecen las reglas generales correspondería se lo exonere de responsabilidad. Esta cláusula produce en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, debiendo ser declarada nula al amparo de lo establecido en el art. 28, 30 o 31 de la LRC<sup>642</sup>.

En definitiva, la responsabilidad del usuario de la tarjeta de crédito ante la pérdida o sustracción no es asimilable a la responsabilidad en el caso de

---

<sup>641</sup> ORDOQUI CASTILA, *Derecho de los contratos...*, pp. 722-723.

<sup>642</sup> MARIÑO LÓPEZ, «Daños por falsificación...», p. 289.

falsificación de su tarjeta. En este último caso, el hecho es absolutamente imprevisible e inevitable para el usuario, debiendo ser liberado de todo tipo de obligación de pago respecto de los cargos incluidos en el estado de cuenta de su tarjeta<sup>643</sup>.

Una cláusula que exima de responsabilidad a la entidad emisora de la tarjeta por todas las operaciones efectuadas con anterioridad a la recepción de la comunicación de la pérdida o sustracción del usuario, con abstracción del grado de diligencia con el que haya actuado el titular con relación a la custodia de la tarjeta y a la comunicación de la pérdida o sustracción debe considerarse abusiva<sup>644</sup>. La abusividad deriva de la falta de consideración de las circunstancias del caso concreto, consagrando una especie de responsabilidad objetiva del tarjetahabiente respecto de los cargos generados con el uso de su tarjeta de crédito en el momento anterior a la recepción de la comunicación del hurto o extravío por la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

Sin embargo, no puede decirse que las cláusulas de exoneración de responsabilidad del proveedor por los consumos y daños generados en caso de hurto o extravío sean inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, puede citarse la sentencia n° 226/02 del TAC 1° en la que se ha establecido que en el contrato de tarjeta de crédito el usuario tiene, entre otras obligaciones a su cargo, la total responsabilidad por la tenencia y eventual extravío de la tarjeta dentro de los límites que se acuerden y la obligación de denunciar de forma inmediata su pérdida o sustracción. Una actuación no diligente del tarjetahabiente en el resguardo de la tarjeta de crédito hará responsable al titular de los cargos generados como consecuencia de su accionar hasta que efectúe el correspondiente aviso a la entidad emisora de la tarjeta<sup>645</sup>.

En España ha habido múltiples pronunciamientos judiciales que han declarado abusivas las cláusulas que las entidades emisoras de tarjetas de crédito han incluido en los contratos de tarjeta de crédito para eximirse de

---

<sup>643</sup> MUGUILLO, op. cit. p. 128.

<sup>644</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 78.

<sup>645</sup> *Anuario de Derecho Comercial*, t. 11 (Montevideo: FCU, 2006), pp. 264-265.

responsabilidad en el caso de uso indebido o fraudulento de la tarjeta, brindando al usuario un plazo de 24 horas para notificar el extravío, pérdida, robo sustracción y limitando su responsabilidad a la suma de 150 euros. En este sentido, puede citarse la sentencia nº 446/2007 de la AP de Madrid (Sección 21ª) de 18 de julio, que entiende que es nula por abusiva la cláusula del contrato de tarjeta de crédito que confiere un plazo de 24 horas desde el acaecimiento del hecho para que el tarjetahabiente comunique a la entidad financiera. Por cuanto, si bien no es contrario al equilibrio entre las posiciones de las partes la existencia de un reparto de responsabilidad entre ambas y la limitación de responsabilidad contenida en la cláusula, se rompe dicho equilibrio consagrando un plazo tan breve, de manera tal que se sólo se cumplirá excepcionalmente, perjudicando de manera desproporcionada al consumidor. En similar sentido, en sentencia nº 48/2003 de la AP de Madrid (Sección 8ª) de 28 de noviembre (PROV 2004, 89327) se consagra que el desequilibrio en los derechos del consumidor se deriva de que el plazo de 24 horas dificulta enormemente la posibilidad de resarcimiento del usuario de la tarjeta y significa un correlativo beneficio para la parte contraria, que se verá exenta de indemnizar en las ocasiones en que la notificación se realiza fuera de ese exiguo lapso temporal. Entiende que tiene carácter abusivo por no atemperarse a las exigencias de la buena fe, ser desproporcionada, causar un notorio perjuicio al consumidor e implicar un desequilibrio claro en las obligaciones de las partes al respecto. La cláusula es abusiva por perjudicar de manera desproporcionada al usuario que actúa de forma diligente denunciando sin demora, en cuanto tiene conocimiento de la sustracción o extravío, siendo que en ese momento ya no puede hacer nada para evitar las sustracciones o disminuir la pérdida, ya se haya realizado en las 24 horas anteriores o en un plazo superior. Considerando, además, que en la cláusula que analiza la sentencia, se encuentra inserta en un contrato de adhesión, en el reverso del contrato de tarjeta, en letra muy pequeña, sin estar resaltada y con la única referencia en el anverso a que se aceptan las condiciones impresas al dorso, sin suscripción independiente de las condiciones generales<sup>646</sup>.

---

<sup>646</sup> DOMINGOS SANCA, op. cit., pp. 306-307.

En términos complementarios puede citarse la sentencia de la AP de Madrid nº 255/2006 del 22 de junio, considerando que la exigencia de un plazo de 24 horas para la comunicación de la pérdida o extravío de la tarjeta sirve para que la entidad bancaria se exonere fácilmente de su responsabilidad, entendiéndose que resulta abusivo, por cuanto supone que la entidad tiene una situación de privilegio frente al consumidor, que se adhiere a un contrato redactado por la parte más fuerte<sup>647</sup>.

Similar criterio ha sostenido el TS (Sala 1.ª de lo civil) en sentencia nº 702/2009 de 16 de diciembre<sup>648</sup>, destacando que las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con un desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Dado que son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con diligencia puede tomar conocimiento de utilizaciones indebidas de tarjetas, aún sin la comunicación o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío por parte del usuario. Son frecuentes los casos en que las entidades advierten utilizaciones indebidas, avisando a los usuarios del intento de utilización, quienes aún lo desconocían. Por ello, es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío. Considera que todas aquellas cláusulas en las que se obliga al titular a comunicar o notificar el extravío o sustracción de las tarjetas de crédito urgentemente, “en forma inmediata”, “a la mayor brevedad”, “de inmediato”, e incluso aquella que obliga a que los hechos se denuncien antes de transcurridas 24 horas de su acaecimiento, son inciertas, imprecisas y abusivas y, por lo tanto, han de declararse nulas<sup>649</sup>. Sin embargo, considera adecuadas al justo equilibrio contractual, fórmulas que establezcan el deber del tarjetahabiente de comunicar a la entidad bancaria “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello”. En tanto, si el titular comunica de forma diligente la

---

<sup>647</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 16.

<sup>648</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/211685387>.

<sup>649</sup> DOMINGOS SANCA, op. cit., p. 66. PASCUAL MARTÍNEZ, E. «Cláusulas abusivas en contratos bancarios», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº4/2012, Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/135> (consultado el 18/03/2022), pp. 62-66.

pérdida o sustracción de la tarjeta en cuanto tiene conocimiento de esto, demuestra una actuación de buena fe, no pudiendo endilgarle negligencia alguna en su accionar<sup>650</sup>. Exigir un plazo muy acotado en el tiempo dentro del cual el tarjetahabiente debería denunciar el extravío o sustracción de la tarjeta, obligaría a su titular a vigilar la tarjeta varias veces a lo largo del día, cuando lo habitual es que el titular tome conocimiento de la situación cuando necesita utilizar la tarjeta para efectuar un pago o extraer dinero<sup>651</sup>.

Asimismo, también la jurisprudencia española ha declarado abusiva la cláusula de un contrato de emisión de tarjeta de en la que se fijaba en un máximo de 150 euros la responsabilidad del tarjetahabiente por gastos efectuados antes de que se comunique al banco la desaparición de la tarjeta (salvo que se requiera el marcado de un número secreto). En tanto, dicho banco emitió una publicidad en la que hacía hincapié en que se libraba de responsabilidad al tarjetahabiente en caso de atraco en cajeros y uso indebido por robo, hurto, extravío o fraude, considerándose, entonces, que una cláusula de dicho tenor inserta en un contrato al que lo precedía una publicidad como la señalada, es abusiva por ser contraria a la buena fe contractual<sup>652</sup>.

Podría decirse que actualmente en España se encuentra consolidada la doctrina jurisprudencial de que el riesgo derivado de la utilización fraudulenta de las tarjetas de crédito no debe ser asumido por el tarjetahabiente, siempre que su actuación haya cumplido con el estándar de la diligencia debida<sup>653</sup>. La responsabilidad de la entidad bancaria se fundamenta en la doctrina del riesgo profesional o teoría del riesgo creado, en virtud de la cual la entidad emisora de la tarjeta debe soportar los riesgos de la actividad profesional que desempeña, dado que, en última instancia, dicha actividad es la que los genera<sup>654</sup>. Dicha doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario ha sido consagrada

---

<sup>650</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 63.

<sup>651</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 63.

<sup>652</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., «Comercio electrónico y tarjetas de pago», *Revista de Derecho Bancario*, nº 99/2005, Aranzadi Professional, BIB 2013\138869 (Madrid: Lex Nova, 2005), p. 237.

<sup>653</sup> GÓMEZ MENDOZA, op. cit., p. 239.

<sup>654</sup> Sentencia de la Audiencia Provisional de Cádiz nº 22/2004, de 17 de marzo. Citada por CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 3.

por la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque en su art. 156 en el caso de pago de cheques falsos, no obstante, aplicada la misma lógica al caso de la responsabilidad de la entidad emisora de la tarjeta de crédito por las operaciones irregulares efectuadas por terceros, haría responsable a la entidad emisora, puesto que, es quien obtiene parte importante de los beneficios por la utilización de las tarjetas que emite. La entidad financiera podría quedar exonerada de su responsabilidad si demuestra que las operaciones irregulares realizadas con la tarjeta de crédito fueron efectuadas por la culpa exclusiva de su titular, por incumplimiento de su obligación de custodia o de comunicar con celeridad la pérdida o sustracción<sup>655</sup>. Postura que me parece totalmente compatible y trasladable al ordenamiento jurídico nacional. Así fue previsto expresamente en el art. 46.1 de la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, en la que se establece que el ordenante soportará todas las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas si ha actuado de manera fraudulenta o ha incumplido -deliberadamente o por negligencia grave- una o varias de las obligaciones que establece el art. 41 (custodia o comunicación de pérdida o extravío).

En síntesis, la entidad emisora de la tarjeta sólo podría librarse de responsabilidad si demuestra que su titular no la utilizó con la diligencia propia de un buen padre de familia en su custodia, o tuvo una demora excesiva en comunicar su pérdida o sustracción desde que tuvo conocimiento de ella o desde que razonablemente pudo haber sospechado que había sido sustraída, como por ejemplo cuando visualiza operaciones no autorizadas en su estado de cuenta, o cuando hay un robo en el domicilio donde estaba dicha tarjeta<sup>656</sup>.

En caso de concurrencia de culpa de la entidad emisora y el usuario de la tarjeta, la jurisprudencia española ha aplicado la teoría de la compensación de culpas, reduciendo la cuantía de la indemnización que debe abonar la

---

<sup>655</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 11.

<sup>656</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 13.

entidad emisora de la tarjeta, de la misma forma que lo ha aplicado en el caso de pago de cheques falsos<sup>657</sup>.

En ese sentido lo ha ido entendiendo la abundante jurisprudencia española. Puede citarse a modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provisional de Tarragona de 30 de marzo<sup>658</sup>, en la que se estableció que: “la entidad bancaria debe tomar todas las precauciones a su alcance para evitar el uso fraudulento de la tarjeta, procurando la efectividad de los sistemas de seguridad que le incorpora (firma del titular, código numérico secreto, medios internos de activación y desactivación de la tarjeta)”, concluyendo, “Esta entidad contratante asume frente al cliente el correcto funcionamiento del sistema; a cuyos efectos es importante señalar la obligación del establecimiento comercial (donde se use la tarjeta) no sólo de contrastar la coincidencia de la firma estampada en el recibo con la obrante en la tarjeta, sino también comprobar la identidad del portador, ya que se trata de un documento personalizado”. En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de la AP de Baleares nº 231/2004, de 28 de mayo. Por tanto, en esta postura, la entidad emisora de la tarjeta responde frente al usuario de ésta por la negligencia de los establecimientos comerciales que no comprueban la autenticidad de la firma del usuario de la tarjeta o comprueban su identidad<sup>659</sup>.

En síntesis, partiendo de la realidad de que el sistema operativo de las tarjetas electrónicas no es completamente seguro, por tanto, no puede garantizarse una seguridad absoluta, quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es su emisor, que ha puesto en marcha el sistema y de allí se deriva su responsabilidad por circunstancias atinentes al funcionamiento del sistema, cuyos riesgos y limitaciones conoce, encontrándose en su cabeza la prueba de la mala fe o negligencia grave del titular de la tarjeta<sup>660</sup>. En la jurisprudencia española pueden citarse variadas sentencias en las que ha sido condenada la entidad bancaria por la fragilidad en la seguridad de sus

---

<sup>657</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., pp. 12-13.

<sup>658</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/51996182>.

<sup>659</sup> Sentencia citada por CHAPARRO MATAMOROS, op. cit. p. 11.

<sup>660</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 20.

sistemas. Entre otras, puede citarse la sentencia de la AP de Madrid del 8 de abril de 1999, en la que se condenó a la entidad bancaria por haber concluido que la banda magnética de la tarjeta resultaba fácil de examinar por personas expertas y la sentencia del mismo órgano de 7 de diciembre de 2002, que en una hipótesis de utilización ilegítima de la tarjeta por haber sido capturada por un cajero automático manipulado, responsabilizó a la entidad emisora por un fallo del sistema, que permite a terceras personas manipular los cajeros automáticos, quebrando su seguridad. En similar sentido, la sentencia de la AP de Tarragona nº 20/2004, de 27 de diciembre responsabilizó a la entidad emisora porque no se había acreditado de forma suficiente el correcto funcionamiento y la infalibilidad del sistema respecto al número secreto o PIN. Finalmente, en la sentencia de la AP de Baleares nº 69/2010, de 11 de febrero, se dispuso que, si el sistema de pagos con tarjeta de crédito o débito entraña un riesgo, es la entidad financiera la que tiene la carga de acreditar que el sistema utilizado es infalible y completamente seguro y que la única manera que tiene el tercero de acceder a dicho sistema es viendo el PIN, circunstancia que no fue acreditada. En síntesis, concluye que la entidad bancaria debe asumir los riesgos que conlleva la tarjeta, dado que es ella quien se apropia de los beneficios percibidos mediante comisiones de uso, mantenimiento, recargos e intereses<sup>661</sup>.

En la jurisprudencia nacional, puede citarse en similar sentido, la sentencia nº 58/2010 del TAC 6º<sup>662</sup> en la que establece que la consagración de un plazo ínfimo para denunciar el siniestro que sufre un asegurado en el contrato de seguros constituye una cláusula abusiva, pues no tiene en cuenta las circunstancias del asegurado que sufre un siniestro. Cuestión que podría presentar cierta analogía con el tarjetahabiente que advierte el extravío o sustracción de su tarjeta de crédito poniéndolo en conocimiento de la entidad emisora con la celeridad debida.

Sin embargo, debemos recordar que, en nuestro Derecho, conforme a lo señalado en el art. 16 de la LMPE, se regula la responsabilidad del emisor de la

---

<sup>661</sup> CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., pp. 20-21.

<sup>662</sup> STAC 6º Turno nº 58/2010, 21 de abril (HOUNIE SÁNCHEZ, F.).

tarjeta de crédito disponiendo que el emisor será responsable frente al usuario respecto de las operaciones efectuadas desde el momento en que recibe la notificación del usuario de sustracción, hurto, rapiña, extravío o falsificación del medio de pago electrónico, o de su número de identificación personal (PIN). Podemos ver que la norma asigna su responsabilidad desde la notificación del usuario, por tanto, se deja librado a la autonomía de la voluntad la regulación de la responsabilidad que se genere en el lapso anterior a dicha comunicación. Entonces, podría decirse que en el marco normativo nacional no es tan clara la abusividad de una cláusula de exoneración de responsabilidad del emisor de la tarjeta por los consumos efectuados en forma previa a la notificación de robo, sustracción o extravío de la tarjeta. Por lo tanto, sería admisible y válida una cláusula contractual que haga responsable al usuario de todos los consumos que se realicen en utilización de su tarjeta en dicho lapso.

De todas formas, podría considerarse discutible, en tanto, como vine de verse, hay posiciones tanto en la doctrina y jurisprudencia española como uruguaya que entienden que una cláusula genérica que exima de responsabilidad a la entidad financiera en todo caso, podría considerarse abusiva por significar un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor en ciertos casos, pues, aún actuando con toda la diligencia posible en su obligación de conservación, el tarjetahabiente no podría evitar una falsificación de su tarjeta. Dado que, por ejemplo, la falsificación pudo deberse a una intromisión de terceros en el sistema informático del banco, un mal funcionamiento en dicho sistema o falencias en sitios de comercio electrónico utilizados por el consumidor, extremos ajenos al campo de acción del usuario financiero. Responsabilizarlo aun en estos supuestos quebrantaría el principio de responsabilidad por causación del daño. Considero, entonces, que podrían declararse abusivas aquellas cláusulas que exoneran de forma genérica la responsabilidad del emisor de la tarjeta respecto a los cargos generados con tarjetas de crédito falsificadas o sustraídas antes de la recepción de comunicación del tarjetahabiente, esto es, sin tener en cuenta las circunstancias antedichas que podrían configurar una especie de caso fortuito o

fuerza mayor para el tarjetahabiente<sup>663</sup>. Debe ponderarse que en muchas ocasiones las entidades bancarias pueden detectar o advertir utilizaciones indebidas de las tarjetas, utilizando una diligencia proporcional a sus medios técnicos y experiencia, extremos que justifican la abusividad de una cláusula que exonere a dicha entidad de responsabilidad en todo caso<sup>664</sup>. Dicha interpretación parecería guardar coherencia con la obligación que expresamente consagra el art. 15 literal "i" de la LMPE en cabeza del emisor, de informar al usuario de la tarjeta respecto de la comisión de cualquier ilícito o hecho irregular vinculado a la tarjeta de crédito de la cual es titular, en el momento que lo detecta o toma conocimiento de éste.

En el caso de robo o extravío de la tarjeta de crédito y su utilización por una persona diferente a su titular en compras presenciales, consideramos que mínimamente es discutible la responsabilidad del consumidor por las operaciones efectuadas antes de su comunicación a la entidad emisora. Pues, si bien puede entenderse que habría una negligencia del titular que no comunica la sustracción de la tarjeta que justificaría la responsabilidad por las compras efectuadas en dicho lapso, ésta viene acompañada de la negligente aceptación de la entidad emisora o los establecimientos comerciales de operaciones obviamente irregulares, pudiéndose evitar el daño con una especial diligencia por parte de comercios y entidades de crédito, tales como la correcta identificación del portador de la tarjeta<sup>665</sup>. Recordemos que en nuestro país con la aprobación de la LMPE se ha consagrado expresamente la obligación del comercio adherente de verificar la identidad del usuario (arts. 7 y 10 literal B) quien deberá efectuarla cuando se trata de pagos presenciales, de acuerdo con lo establecido en los contratos. El establecimiento comercial deberá controlar la identidad y firma del usuario cuando la misma sea requerida, con la diligencia de un buen hombre de negocios. Pero sólo será responsable en aquellos casos en que la firma del tarjetahabiente resulte notoriamente falsificada, prohibiéndole el almacenamiento electrónico de la

---

<sup>663</sup> DOMINGOS SANCA, op. cit., p. 355.

<sup>664</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 63.

<sup>665</sup> SÁNCHEZ CALERO, op. cit., p. 42.

identidad del usuario sin su consentimiento. Esta responsabilidad morigerada que prevé la norma para el comercio adherente denota la intención del legislador de no poner al comercio en una situación excesivamente gravosa frente al emisor de la tarjeta de crédito. No obstante, con esto se desprotege al usuario financiero que puede ser perjudicado por un control no diligente de la identidad por parte del comercio adherido en ocasión de que un tercero pretenda operar con una tarjeta de crédito ajena, control que debería efectuarse con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 7 de la LMPE).

Asimismo, la norma no consagra una protección análoga para las compras efectuadas fuera del establecimiento comercial, esto es, no se ha consagrado expresamente ningún deber de diligencia especial para la entidad emisora de la tarjeta o el establecimiento comercial relativa a la verificación de la identidad del tarjetahabiente en materia de contratos a distancia.

En el régimen jurídico español expresamente se ha consagrado en el art. 46 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre<sup>666</sup> en materia de contratos a distancia, el derecho del tarjetahabiente para exigir la anulación de los cargos de compras que hubiesen sido efectuadas de forma fraudulenta o indebida, utilizando el número de su tarjeta de pago. La entidad bancaria debe realizar dicha anotación en la cuenta del tarjetahabiente, al mismo tiempo que carga el adeudo en la cuenta del establecimiento comercial. En síntesis, quien corre con el riesgo de una utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito en las compras a distancia es el establecimiento comercial, en tanto es quien sufre la pérdida económica del precio a abonar, además de la pérdida del producto o servicio si ya fue entregado o prestado. En caso de que el establecimiento comercial demuestre que fue el titular quien realizó la compra, tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados. Esta norma ha sido recogida por la jurisprudencia, como se ha hecho en la sentencia n° 906/2004 de la AP

---

<sup>666</sup> Esta norma reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y transpone la Directiva 97/7/CE al ordenamiento jurídico español en materia de contratos a distancia.

de Barcelona del 22 de diciembre de 2004<sup>667</sup>, en la cual se reconoció el derecho del titular de la tarjeta a solicitar a la entidad bancaria el pago a la mayor brevedad de los importes cargados en su cuenta cuando se haya utilizado de forma fraudulenta e indebida el número de su tarjeta de crédito en una compra electrónica o a distancia<sup>668</sup>.

## **2. Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato**

Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato se encuentran expresamente prohibidas por la LRC en su art. 31 literal C. Particularmente para los contratos de tarjeta de crédito el legislador dejó expresamente establecido que las cláusulas que autoricen al emisor a modificar unilateralmente los términos del contrato son consideradas abusivas salvo las excepciones previstas en el art. 13 literal C de la LMPE.

La doctrina ha distinguido tres tipos de cláusulas referentes a la modificación unilateral por el emisor de la tarjeta de crédito del contenido del negocio. Por un lado, las cláusulas que prevén la potestad de modificar el contrato quedando modificado desde la notificación al usuario, esto es, sin conferir un procedimiento para que el usuario pueda deducir oposición o rescindir el contrato en respuesta a dichas modificaciones. Por otro lado, las cláusulas que le confieren al tarjetahabiente un plazo desde la notificación de la modificación para deducir oposición interpretando el silencio del consumidor con un valor positivo, sin que se le confiera un derecho de rescisión al usuario. Y finalmente, aquellas que no confieren al usuario el derecho de impugnación de las modificaciones, pero admiten la rescisión del contrato en un plazo reducido como respuesta de rechazo a dichas modificaciones. Sostiene LARRAÑAGA ALFARO que, con las particularidades de cada una, estas cláusulas encierran una renuncia del usuario al derecho básico de recibir un tratamiento igualitario a su cocontratante, previsto en el art. 6 literal B de la LRC<sup>669</sup>,

---

<sup>667</sup> Disponible en: <https://vlex.es/vid/comercio-electronico-tarjeta-credito-18937729>.

<sup>668</sup> GÓMEZ MENDOZA, op. cit., p. 238.

<sup>669</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 604.

debiendo recordar que la LRC concibe a las cláusulas que implican una renuncia expresa a los derechos de los consumidores<sup>670</sup> y las que dispongan la facultad de proveedor de modificar el contrato en forma unilateral como cláusulas abusivas, al amparo de lo dispuesto en el art. 31 literal b y c. Además, la primera clase de cláusula distinguida supone la consagración de un desequilibrio negocial, por cuanto, con la modificación unilateral se produce una ventaja única para el emisor que no tiene ninguna contrapartida para el consumidor. En el segundo tipo de cláusulas, se está confiriendo un valor positivo al silencio, resultando abusivo en virtud de lo dispuesto en el art. 31 literal H de la LRC. Finalmente, en el último tipo de cláusulas, podría resultar abusiva si cuando se le comunica al consumidor las modificaciones, se omite informar que cuenta con un plazo para ejercer el derecho de receso<sup>671</sup>.

No puede soslayarse que, más allá de las consideraciones doctrinarias citadas, si bien el legislador ha consagrado como regla o principio general que son abusivas aquellas cláusulas que habiliten al emisor a modificar unilateralmente los términos del contrato, lo ha previsto como una regla general sobre la cual el art. 13 literal C de la ley 19.713 ha previsto cuatro excepciones: 1- las modificaciones respecto a la variación del límite del crédito, 2- las modificaciones respecto a la suspensión, limitación o reducción de los adelantos de dinero en efectivo, 3- las modificaciones en las tasas de interés, cargos o comisiones y 4- las modificaciones necesarias para asegurar un funcionamiento seguro y adecuado del sistema en que opera el medio de pago electrónico. En estos casos expresamente previstos en la norma, se habilita la modificación unilateral por la entidad financiera bajo la condición de que sea realizada mediante el procedimiento que el BCU establezca al respecto, definiendo los plazos para efectuar el necesario preaviso al usuario y,

---

<sup>670</sup> Sin embargo, no se podría realizar una interpretación literal del inciso mencionado, dado que puede llevar a la conclusión de que todos los derechos son irrenunciables, pudiendo llevar a una paralización de toda negociación contractual. Una interpretación armónica de la regulación de las cláusulas abusivas podría llevarnos a establecer como parámetro, que la renuncia a los derechos del consumidor será abusiva si no encuentra su justificación o compensación en el conjunto de prestaciones que nacen en el contrato y el entramado de derechos y obligaciones contractuales.

<sup>671</sup> LARRAÑAGA ALFARO, COLLAZO, MUÑOZ, y QUIRÓ SALDAÑA, op. cit., p. 606.

asimismo, habilitando a éste a rescindir el contrato sin cargo como respuesta a las nuevas condiciones.

Esta disposición vino a conferir rango legal a las disposiciones reglamentarias en la materia contenidas en la RNRCSF, en las que se consagra como principio general para los contratos de adhesión utilizados en el sistema financiero que para que el contrato pueda ser modificado, dicha posibilidad de realizar modificaciones a las condiciones pactadas debía haber sido expresamente prevista en el contrato suscrito por las partes y asimismo, se debía requerir el consentimiento expreso del consumidor de forma previa a la modificación, de acuerdo a lo estipulado en el art. 334 RNRCSF.

El procedimiento que se deberá seguir para efectuar dichas modificaciones unilaterales expresamente admitidas, consiste en efectuar un preaviso al consumidor con 30 días de anticipación a la entrada en vigencia de la modificación (art. 360 RNRCSF) a través de los medios habilitados por el art. 355 de la citada norma, entre los que se incluye medios de notificación personal como el telegrama colacionado, notificación con acuse de recibo, acta notarial, servicios de mensajería, mensaje de correo electrónico a la casilla que el cliente haya constituido ante la institución u otros mecanismos similares que hayan sido pactados en los contratos, envío conjunto con los estados de cuenta mensuales en una hoja separada o a través de otra documentación regularmente enviada al cliente.

Del estudio de la normativa analizada surge que se podrá modificar la tasa de interés e inclusive otros cargos o comisiones sin requerir el consentimiento expreso del tarjetahabiente, colocándose al consumidor en la situación jurídica de carga de manifestar un rechazo expreso de la modificación unilateral en el plazo de preaviso de treinta días. Se ha consagrado entonces una hipótesis de consentimiento ficto del usuario a partir de conductas como la simple mantención de la tarjeta o su uso, en la que la norma le confiere un valor positivo al silencio del consumidor. En síntesis, una cláusula pactada en estos términos no sería considerada abusiva de acuerdo con la legislación nacional vigente en la materia, siempre que se respete el derecho del usuario de rescindir el contrato sin cargo alguno.

Recordemos que el legislador seguramente ha contemplado que la contratación de los servicios de una tarjeta de crédito refiere a la prestación de un servicio financiero por tiempo indeterminado, esto es, encierra una relación de tracto sucesivo o continuado. Ésta podría ser la *ratio legis* en base a la cual se contempla la posibilidad de que el emisor de la tarjeta realice ciertas modificaciones, que de no ser permitidas atarían a la entidad emisora de la tarjeta de crédito “de por vida” o por un tiempo indeterminado, bajo las condiciones que fueron originariamente pactadas, pudiendo hacer más gravosa las obligaciones contraídas por la entidad emisora en virtud de los cambios del mercado, exigencias legales y reglamentarias, coyuntura económica o calidad crediticia del consumidor. La excepción prevista por el legislador para el contrato de emisión de tarjeta de crédito con relación a los restantes contratos de adhesión toma en consideración que, por su duración indefinida, la entidad financiera queda expuesta de manera más riesgosa a las alteraciones ocasionadas por la versatilidad de los mercados financieros.

En el ordenamiento jurídico español encontramos una disposición normativa análoga que admite la modificación unilateral del contrato de tarjeta de crédito previa comunicación al tarjetahabiente de manera individualizada con una antelación no inferior a dos meses respecto a la fecha de entrada en vigor de dichas modificaciones<sup>672</sup>. El uso de la tarjeta dentro del plazo que goza el consumidor para aceptar o rechazar no puede entenderse como aceptación presunta de las modificaciones. Una cláusula contractual que establezca dicha aceptación presunta dentro del plazo legal que tiene el consumidor para aceptar o resolver el contrato sin costo alguno en virtud de las modificaciones propuestas sería abusiva, en tanto encierra una renuncia al plazo legal, el cual es imperativo e irrenunciable para el consumidor<sup>673</sup>. Como excepciones a dicho régimen se prevé las modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para los tarjetahabientes, las cuales se podrán aplicar de manera inmediata y las modificaciones referentes a los tipos de interés o de cambio que podrán aplicarse de inmediato y sin previo aviso, siempre que así se haya

---

<sup>672</sup> Art. 22.1 de la Ley 16/2009 del 13.11.2009.

<sup>673</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, op. cit., p. 192.

acordado en el contrato marco y que dichas variaciones se basen en los tipos de interés o de cambio de referencia acordados<sup>674</sup>.

En la doctrina nacional, SZAFIR SLOLOW<sup>675</sup> ha considerado que un pacto que habilitara la modificación unilateral respecto a las tasas de interés se considera abusivo, por habilitar a la institución financiera a modificar el precio del dinero (interés) sin fijar parámetro alguno, dejando un elemento esencial del contrato a la discrecionalidad de una de las partes. En estos casos, el abuso se encubre facultando al usuario a rescindir el contrato en la hipótesis de no aceptación de la modificación unilateral, pero olvidado que generalmente ello implica la caducidad de los plazos de financiación, haciendo exigible el total del saldo impago. Entonces, una cláusula pactada en tales términos no sólo determina un injustificado desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, sino que es contraria a la buena fe. Por cuanto, se brinda al consumidor sólo la posibilidad de aceptar las modificaciones impuestas por la Institución Financiera o se adelantan los plazos de financiación pactados, haciendo exigible la totalidad de lo adeudado<sup>676</sup>.

Si bien esta posición tiene un fuerte argumento, su vigencia se da de bruce con la consagración expresa de las salvedades que habilitan la modificación unilateral de la tasa de interés aplicable luego de la aprobación de la LMPE.

El panorama cambia para el resto de las modificaciones en el contrato que no se encuentren dentro las excepciones expresamente previstas en el art. 13 literal C de la LMPE. En estos casos, tal como dispone el literal D del mencionado artículo, son consideradas abusivas las cláusulas que establezcan que el silencio del usuario se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato. En tanto, como regla general el legislador ha descartado la máxima de “quien calla otorga” resguardando el principio de que “el que calla nada dice”, en tanto el silencio constituye la ausencia de toda forma de manifestación de voluntad, una

---

<sup>674</sup> Art. 22.1 y 22.2 de la Ley 16/2009 de 13/11/2009.

<sup>675</sup> Anterior a la aprobación de la LMPE.

<sup>676</sup> SZAFIR SLOLOW y CARRETTO, op. cit., p. 5.

absoluta inercia de la cual no puede inferirse voluntad expresa o tácita. Por tanto, si mediante una cláusula contractual se faculta a la institución financiera a modificar de forma unilateral de elementos del contrato que no estén expresamente contemplados en las cuatro excepciones previstas en el art. 13 literal C de la LMPE, dicha cláusula debería ser declarada abusiva. Entendemos que, para las hipótesis excluidas en el mencionado artículo, las modificaciones en los contratos deberán requerir el consentimiento expreso del consumidor de acuerdo con lo dispuesto en el art. 334 y 380 de la RNRCFSF.

En síntesis, corresponde concluir que las cláusulas que usualmente podemos encontrar en los contratos de tarjeta de crédito que establecen que el contrato puede ser modificado por la entidad emisora “cuando ésta lo crea conveniente” son claramente abusivas y su nulidad se impone por violentar lo dispuesto en el art. 31 literal C de la LRC<sup>677</sup>.

### **3. La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor**

El art. 31 literal D de la LRC establece que son abusivas las cláusulas resolutorias pactadas exclusivamente en favor del proveedor. La previsión legal refiere a cuando la potestad de resolver el contrato es conferida de forma unilateral, en favor de una sola de las partes, produciendo un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en tanto, este tipo de cláusulas deja la vinculación del contrato a la sola voluntad del proveedor empresario.

Dentro de esta previsión legal considero deberían considerarse incluidas aquellas cláusulas que facultan la rescisión unilateral por el emisor cuando éste tome conocimiento de que el tarjetahabiente fue embargado, se encuentra en una situación de concurso, concordato o quiebra, ha librado cheques sin fondo y tiene cuentas suspendidas o clausuradas por dicho motivo, o lo afectare alguna inhibición. Este tipo de cláusulas encierra una autorización para modificar en forma unilateral el contrato<sup>678</sup> y, además, consideramos que desequilibra el derecho de ambos contratantes en virtud de una circunstancia

---

<sup>677</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho...*, v. 3, p. 228.

<sup>678</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho ...*, v. 3, p. 228.

que es ajena a la relación del tarjetahabiente – emisor de la tarjeta. Por cuanto, aquel puede estar atravesando una situación financiera comprometedora, pero continúa cumpliendo puntualmente con los pagos exigidos por el emisor de la tarjeta en los estados de cuenta enviados. Extremo que a nuestro juicio no constituiría una justa causa para habilitar una rescisión unilateral del contrato, pues, en principio, no existe incumplimiento alguno del tarjetahabiente.

Sin embargo, si en las circunstancias descritas se agregara un incumplimiento del tarjetahabiente en el pago de los saldos mínimos exigidos en dicho estado de cuenta, podría configurarse una justa causa para la rescisión unilateral del contrato de emisión de tarjeta de crédito por la entidad financiera, con similar fundamento al de la aplicación del instituto de excepción de contrato no cumplido.

Siendo la tarjeta de crédito un contrato bilateral, debe aplicarse también subsidiariamente las reglas generales aplicables a todos los contratos: el principio de eficacia vinculante del contrato (recogido en el art. 1291 inc. 1° del CC) a la regla de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar librado al arbitrio de uno de los contrayentes (art. 1253 CC) al principio de buena fe en la ejecución del contrato (art. 1291 inc. 2° CC) y el instituto denominado “excepción de contrato no cumplido”. Este instituto si bien carece de regulación general en el CC, ha sido unánimemente aceptado en el ámbito del derecho privado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia vernácula y podría conceptualizarse como un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento de contrato si quien reclama el cumplimiento del contrato no cumple, o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación. Este instituto se funda en el principio de igualdad entre los contratantes, pues, en un contrato bilateral, donde ambas partes se encuentran parificadas, ninguna de ellas puede exigir el cumplimiento a la otra si, a su vez, no cumple u ofrece cumplir con lo debido<sup>679</sup>.

Entonces, siendo el tarjetahabiente incumplidor en la relación contractual, creemos que la entidad emisora de la tarjeta podría rescindir unilateralmente el

---

<sup>679</sup> GAMARRA SAGARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XVIII (Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1977), pp. 92–94.

contrato de tarjeta de crédito suscrito. En tanto, el incumplimiento del tarjetahabiente de las obligaciones derivadas del uso de la tarjeta de crédito u otro producto contratado con la entidad financiera lesiona la relación de confianza que debe preceder a la relación consumidor-institución financiera y asimismo, produce una variación sustancial del riesgo crediticio respecto del consumidor<sup>680</sup>. Una cláusula que confiera dicha potestad de rescisión en los términos antedichos no produciría, a nuestro juicio, un desequilibrio injustificado en perjuicio del tarjetahabiente como consumidor y, por tanto, no podría considerarse una cláusula abusiva. Inclusive consideramos que una cláusula de dicho tenor, podría encontrar su admisibilidad reconocida de forma implícita mediante lo dispuesto en el art. art. 14 literal C de la LMPE, norma en la que se consagra como aspecto mínimo a incluir en los contratos, la inclusión de las condiciones en la que el medio de pago electrónico perderá validez antes de su vencimiento por decisión del emisor, debiendo notificarse a usuario con un mínimo de treinta días de antelación “*sin perjuicio de las excepciones previstas en los contratos, que podrán prever situaciones vinculadas a la conducta del usuario en las que el plazo sea menor*”. Entendemos que la disposición legal mencionada reconoce tácitamente que pueden pactarse cláusulas de rescisión contractual relacionadas con un incumplimiento del tarjetahabiente, debiendo notificarse a usuario con una antelación que podrá ser menor a los treinta días.

Sin embargo, de la norma citada parecería desprenderse que aun en el caso de que la rescisión se encuentre motivada en el incumplimiento del tarjetahabiente, la entidad emisora de la tarjeta tiene la obligación de notificar de forma previa dicha rescisión al tarjetahabiente. Si bien en estos casos la norma habilita que el plazo del preaviso sea menor a treinta días, del texto legal parecería desprenderse la necesidad de dicha notificación previa.

Con este marco normativo legal podemos destacar, sin hesitaciones, que las cláusulas que se utilizan en los contratos de emisión de tarjeta de crédito emitidas en nuestro país en las cuales se pacta que la falta de pago del importe adeudado por el tarjetahabiente dentro de los plazos establecidos hará incurrir en mora al usuario dando derecho al emisor a dar por rescindido el contrato sin

---

<sup>680</sup> ARTECONA GULLA, comunicación personal, 8 de febrero, 2023.

necesidad de preaviso alguno, es abusiva, en tanto implicaría una renuncia del consumidor al preaviso establecido legalmente. Asimismo, puede afirmarse que, en general, cualquier cláusula que encierre un derecho del emisor de rescindir el contrato de tarjeta de crédito sin cursar el debido preaviso al tarjetahabiente debe reputarse abusiva, en tanto no respeta la bilateralidad del contrato, ni el equilibrio de los derechos y obligaciones, pues, estaría lesionando el derecho del tarjetahabiente al uso de ésta sin ser previamente informado de tal extremo.

Sin embargo, respecto de este tipo de cláusulas, podemos destacar que la jurisprudencia española ha declarado validas a las cláusulas que facultan al emisor a resolver anticipadamente por falta de pago de una sola cuota o por la posible disminución patrimonial del tarjetahabiente en caso de embargo o disminución de su solvencia, en tanto, se produce una ampliación del riesgo que corre la entidad financiera. Como fundamento de su sentencia, la sala de AP de Madrid ha sostenido que la morosidad puede ser un indicador de insolvencia y la falta de pago produce un quebrantamiento del principio *pacta sunt servanda*, cercenando la garantía que tenía originalmente ante el prestamista<sup>681</sup>.

---

<sup>681</sup> MORENO LISO, op. cit., p. 66.

## Conclusiones

A lo largo de la presente tesis pretendimos realizar un detallado análisis del sistema negocial creado por la operativa de la tarjeta de crédito para centrarnos en el objetivo específico de nuestro trabajo: el estudio del contrato de emisión de tarjeta de crédito.

Respecto a este contrato hemos analizado cuál es su contenido habitual y el elenco de derechos y obligaciones que en él se contemplan, destacando que, a pesar de las diversas concepciones en referencia a la naturaleza jurídica de este contrato, la doctrina es conteste en concebir al contrato de emisión de tarjeta de crédito como un contrato celebrado entre un consumidor financiero - usuario de la tarjeta o tarjetahabiente- y un proveedor- entidad financiera emisora de la tarjeta de crédito- que habilita al tarjetahabiente a hacer uso de una línea de crédito otorgada para realizar compras de bienes o servicios, o realizar extracciones de efectivo hasta un límite previamente acordado, cumpliendo una función crediticia o de pago, que posibilita la adquisición por el tarjetahabiente de bienes o servicios financiando su pago.

Las características y el contenido obligacional de este contrato nos han llevado a concluir que el contrato de tarjeta de crédito debe ser catalogado como como un contrato bancario o financiero, siéndole aplicable no solo la regulación legal expresa de este contrato en la LMPE, sino también toda la normativa reglamentaria que el BCU haya dictado o dicte en un futuro para los contratos financieros. En igual sentido, pudimos ver que las características de predisposición, imposición y generalidad del contrato de emisión de tarjeta de crédito posicionan a este contrato dentro de la categoría de contratos de adhesión.

La pertenencia del contrato de emisión de tarjeta de crédito a la categoría de contratos de adhesión nos ha llevado a indagar en este concepto y sus especiales caracteres que determinan que la situación de desigualdad negocial en la que se encuentran las partes en este tipo de contratación en masa, fundamente la aplicabilidad del sistema protector del consumidor respecto de la eventual inclusión de cláusulas abusivas en dichos contratos.

Habiendo transitado este análisis previo del contrato de emisión de tarjeta de crédito y partiendo del presupuesto de que las cláusulas abusivas se encuentran prohibidas en el contrato de emisión de tarjeta de crédito como contrato de adhesión, buscamos una respuesta a la interrogante planteada al inicio de la presente investigación: ¿se encuentra el consumidor financiero adecuadamente protegido en el ordenamiento jurídico nacional ante la eventual utilización de cláusulas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito?

En la búsqueda de una respuesta a la mencionada interrogante, hemos estudiado cuáles son los grandes modelos o sistemas de prohibición y control de cláusulas abusivas utilizados a nivel comparado, centrándonos en el estudio de las características del modelo consagrado en la legislación nacional y española. Pudimos concluir que ambos ordenamientos jurídicos han consagrado un sistema de prohibición y control contra las cláusulas abusivas de tipo mixto. Este tipo de sistema tiene la ventaja de combinar una lista enunciativa de cláusulas que se consideran abusivas, con una norma general que confiere la flexibilidad necesaria para ir atrapando las diferentes cláusulas que se establezcan en aquellos contratos generando un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

Asimismo, pudimos ver que el elenco general de cláusulas abusivas y el elenco específico previsto para los contratos de emisión de tarjetas de crédito recogen las cláusulas abusivas que -según fue detectado por el órgano nacional de control en la materia- constituían las cláusulas abusivas más frecuentes en el contrato de emisión de tarjeta de crédito. Formando una lista enunciativa que facilita su identificación como cláusulas abusivas.

No obstante, en virtud de que consideramos que la tutela efectiva de los consumidores no puede concebirse sin un sistema de control efectivo del Estado, nos pareció interesante también indagar en cuáles son los mecanismos de control previstos en el ordenamiento jurídico nacional y español sobre dicha prohibición de inclusión de cláusulas abusivas. Al respecto, podemos concluir que, a pesar de la relativa similitud de los modelos de control consagrados, el modelo de control instaurado en el ordenamiento jurídico español ofrece un grupo de herramientas que parecerían ser más eficaces en la tutela del

consumidor, en comparación con el sistema consagrado en el ordenamiento jurídico nacional.

En síntesis, para que se declare la nulidad de una cláusula abusiva en el ordenamiento jurídico nacional, el consumidor deberá ejercer dicha pretensión en un proceso judicial como una acción individual, debiendo asumir individualmente dicho costo y obteniendo una sentencia que tendrá eficacia de cosa juzgada sólo para el caso concreto. La sentencia que declare la nulidad de la cláusula abusiva no implicará – en principio- un perjuicio adicional para el proveedor, ni lo inhibirá de continuar utilizando dicha cláusula en futuros contratos de adhesión. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, mediante la utilización de acciones colectivas se permite a los consumidores dar inicio a acciones de declaración y cesación pudiendo obtener una sentencia de declaración de nulidad con efectos extensivos a una clase de consumidores, o con efecto *erga omnes* y, asimismo, con posibilidad de obtener una sentencia de condena a la indemnización de los consumidores perjudicados y al cese de utilización de dicha cláusula abusiva en los contratos de adhesión que el proveedor celebre.

Las acciones colectivas podrían ser un buen instrumento para resolver con celeridad, seguridad y economía de medios la utilización de cláusulas abusivas que afectan a numerosos consumidores en sus relaciones de consumo. Asimismo, la previsión de la inscripción de las sentencias firmes estimatorias de nulidad, de cesación, de retractación y declarativa en un registro público, podría brindar al sistema de control un carácter no solo sancionatorio, sino también preventivo, en tanto cumple una función informativa y preventiva para el consumidor financiero, permitiéndole transitar por un camino allanado al momento de hacer valer sus derechos de protección contra las cláusulas abusivas. Caminos que nuestra legislación podría explorar en búsqueda de una mejora constante en la protección del tarjetahabiente y del continuo desarrollo de la tarjeta de crédito como instrumento de financiación.

En definitiva, todo el análisis realizado nos permitió concluir que, si bien el sistema de protección y control contra las cláusulas abusivas en el contrato de emisión de tarjeta de crédito instaurado en la legislación nacional consagra

una regulación bastante detallada de ese contrato, con muy buenas garantías para el tarjetahabiente, sin lugar a dudas, aún tenemos algunos desafíos por recorrer en aras de lograr una mayor eficacia en el sistema de control nacional. En particular, consideramos que la instauración de un modelo de control judicial colectivo -acciones colectivas- sería la forma más adecuada para alcanzar una protección más eficaz de los intereses de los consumidores en la materia.

## Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales». *Anuario Jurídico de La Rioja*, n° 4, pp. 53-70. La Rioja: Universidad de La Rioja, 1998.
- «¿Cómo se determina si una cláusula predispuesta es abusiva?». Disponible en: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2017/01/como-se-determina-si-una-clausula.html> (consultado el 10/05/2020).
- ANAYA LLATANCE, A. *Las cláusulas abusivas en la jurisprudencia española*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2020. Disponible en: [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46169/TFM\\_Anaya\\_Llatance\\_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46169/TFM_Anaya_Llatance_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado el 31/01/2023)
- BELLEGARRIGUE PINO, C. «Contratos de adhesión y cláusulas abusivas», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial*. pp. 243-246. Montevideo: FCU, 2014.
- BENÍTEZ CAORSI, J. *La revisión del contrato*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2008.
- BLANCO GARCÍA, A. «Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español», *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 41, pp. 35-60. Montevideo: Universidad de la República, 2016. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/555/817> (consultado el 27/04/2020).
- «Posibilidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual: sociedades, contratos, concurso*, pp. 189-196. Montevideo: FCU, 2015.

- . «Los 20 años de regulación de las cláusulas abusivas», *Revista Boliviana de Derecho*, n° 15, pp. 64-87. Bolivia: Fundación Iuris Tantum, 2013. Disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/41870/5075.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 01/04/2020).
- BLENGIO MASSOLO, J. «Los criterios para determinar la abusividad de una cláusula en los contratos regulados por la Ley 17.250», *ADCU*, t. XXXIV, pp. 487-498. Montevideo: FCU, 2004.
- . «Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte», *ADCU*, t. XXXII, pp. 571-588. Montevideo: FCU, 2002.
- . «Ámbito subjetivo de aplicación de la ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica», *ADCU*, t. XXX, pp. 457-468. Montevideo: FCU, 2000.
- . «La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir», *ADCU*, t. XXVII, pp. 395-414. Montevideo: FCU, 1997.
- BOIX LARRIERA, J. «Tarjeta de crédito», *LJU*, t. 98, pp. 29-36. Montevideo: Eduardo Albanell Martino, 1989.
- BONFANTI, M. *Contratos Bancarios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- BUGALLO MONTAÑO, B. *Manual básico de derecho de la empresa*. Montevideo: FCU, 2005.
- . *Internet, comercio electrónico, y propiedad intelectual*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2000.
- . *Títulos valores*. Montevideo: Ediciones del Foro, 1998.
- BUTTERI CARDOZO, R., y FLORES MORENO, D. «Contratos de adhesión en la Ley de Relaciones de Consumo», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del derecho comercial*, pp. 247-252. Montevideo: FCU, 2014.

- CALERO OLMO, J.B. «La protección europea contra las cláusulas abusivas. Directiva 93/13/CEE y su integración en el marco regulatorio español». *Estudios Institucionales*, v. 7, nº 12, pp. 205-248. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/EEII/article/view/27334> (consultado 4/6/2022).
- CARBALLO FIDALGO, M. «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14, pp. 65-87, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6678> (consultado 14/04/2022).
- CHAPARRO MATAMOROS, P. «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el ámbito bancario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2/2013, BIB 2013\711, pp. 69-99. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.
- COHEN VENTURA, M. «Proyecto de ley de sistema de tarjeta de crédito. Incidencia en el derecho de la competencia», *Hacia un nuevo Derecho Comercial. Sociedades – Contratos – Concursos*, pp. 341-347. Montevideo: FCU, 2012.
- «Breve reseña de la descripción de la figura de tarjeta de crédito e importancia económica del negocio jurídico», *Estudios jurídicos*, nº 7, pp. 253-263. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2009.
- «Nueva regulación de los intereses en las tarjetas de crédito», *Estudios Jurídicos*, nº 7, pp. 249-263. Montevideo: Mastergraf, 2009.
- COURTIS, R. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», *Observar la ley*, pp. 105-156. Madrid: Trotta, 2006.
- CREIMER BAJUK, I. «Obligaciones y contratos comerciales. Algunas observaciones complementarias generadas por el paso del tiempo», *Estudios jurídicos*, nº 3, pp. 67-80. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2007.

CRUZ PARCERO, J. A. «Los métodos para los juristas», *Observar la ley*, pp. 17-39. Madrid: Trotta, 2006.

DE CORES HELGUERA, C. *Introducción al derecho de los servicios financieros*. Montevideo: LL Uruguay, 2009.

----- «El concepto de desequilibrio en los contratos de adhesión (Artículos 30 y 31 de la Ley 17.250)», *ADCU*, t. XXXIX, pp. 665-675. Montevideo: FCU, 2008.

DE LIMA LOPES, J. R. «Regla y compás, o metodología para un trabajo sensato», *Observar la ley*, pp. 41-67. Madrid: Trotta, 2006.

DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M.T. *Manual de Derecho de consumo*. Madrid: Reus, 2006.

DOMINGOS SANCA, F. Tesis Doctoral «Comercio electrónico y pago mediante tarjeta de crédito en el ordenamiento jurídico español: una propuesta para su implementación en el ordenamiento jurídico de Guinea-Bissau». Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2013. Disponible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho\\_Domingos\\_Sanca\\_tesis.pdf;jsessionid=F962314CB6351E7641013A0FA5A2EC2B?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16963/Fernandinho_Domingos_Sanca_tesis.pdf;jsessionid=F962314CB6351E7641013A0FA5A2EC2B?sequence=1) (consultado el 06/05/2020).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. «Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2015, v. 2, BIB 2015\717, pp. 45-76. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

FACAL SEOANE, J. «Análisis del proyecto de ley de tarjetas de crédito aprobado por unanimidad en diputados: la protección del interés general, el equilibrio en el mercado y la necesidad de cambiar los roles del BCU»,

*Revista CADE. Doctrina y Jurisprudencia*, t.18 año 4, pp. 89 – 92.  
Montevideo: CADE, 2012.

----- «La inseguridad jurídica en el contrato de tarjeta de crédito: La necesidad de una urgente legislación», *Tribuna del Abogado*, n° 143, junio/julio 2005, pp. 21-25. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2005.

----- «El pacto de completamiento en la negociación mercantil y bancaria», *Tribuna del Abogado*, n° 140, octubre/diciembre 2004, pp. 25-29. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2004.

FERRER MONTENEGRO, A. «Las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad en la contratación mercantil», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 14, pp. 107–118. Montevideo: FCU, 2012.

----- «Contrato y libertad contractual Una visión desde el Derecho comercial», *Revista de Derecho* n. 6, pp. 59-74. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2011. Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/799> (consultado el 06/04/2022).

GAMARRA SAGARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XXVI, 1ª ed. Montevideo: FCU, 2009.

----- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XI, v. 4, 4ª ed. Montevideo: FCU, 2006.

----- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. IX, 4ª ed., Montevideo: FCU, 2003.

----- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XVI, 2ª ed. Montevideo: FCU, 2003.

----- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XVIII. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1977.

----- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. t. XVII, v. 1. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1976.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores, 2023*. Disponible en: [https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_acciones\\_de\\_represent](https://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/anteproyecto_de_ley_de_acciones_de_represent)

acion\_para\_la\_proteccion\_de\_los\_intereses\_colectivos.pdf (consultado el 08/04/2023).

GASCÓN INCHAUSTI, F. *Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores, 2023. Disponible en: <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores> (consultado el 08/04/2023).*

----- «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores», *Manual de Derecho de consumo*, pp. 299-321. Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M.T. Madrid: Reus, 2006.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial» *Revista Cesco de Derecho de Consumo* n° 5/2013, pp. 237-239. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/277> (consultado el 26/11/2022).

GÓMEZ MENDOZA, M. «Comercio electrónico y tarjetas de pago», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 99/2005, Aranzadi Professional, BIB 2013\138869, pp. 227-244. Madrid: Lex Nova, 2005.

HOLZ BRANDUS, E. y POZIOMEK ROSEMBLAT, R. *Curso de Derecho Comercial*. 4ª ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2018.

----- *Mercado y Derecho*. Montevideo: FCU, 1993.

----- «Una vez más: la tarjeta de crédito», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 3, pp. 330 - 341. Montevideo: FCU, 1986.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M. «Acerca del título valor incompleto», *Anuario de Derecho Comercial*, t. 12, pp. 79-85. Montevideo: FCU, 2008.

----- «El comprobante que firma el usuario de una tarjeta de crédito ¿es un título valor y por consiguiente título ejecutivo», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, pp.125-131. Montevideo: FCU, 1986.

- LARRAÑAGA ALFARO, L., COLLAZO, G., MUÑOZ, E. y QUIRÓ SALDAÑA, J. «Prácticas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito», *ADCU*, t. XXXIV, pp. 593-608. Montevideo: FCU, 2004
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, C. «Las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas abusivas con especial referencia a las cláusulas de exoneración de responsabilidad», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*, pp. 195-240. Coord. por López Fernández, C., Caumont. A y Caffera, G. Montevideo: FCU, 2001.
- LORENZINI BARRÍA, J. «Las lecciones del fallo Sernac con Cencosud», *LJU*, t. 148, pp. Jint-3 – Jint-19. Montevideo: La Ley, 2014.
- LYCZKOWSKA, K. «¿Puede la existencia de una cláusula abusiva justificar la nulidad de todo el contrato, si tal decisión es más favorable al consumidor?», *Revista Cesco De Derecho De Consumo*, n° 3/2012, pp. 141-142. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/109> (consultado el 29/11/2022).
- MARIÑO LÓPEZ, A. «Los contratos relacionales, las relaciones de consumo bancarias y el equilibrio de las posiciones contractuales», *Estudios de Derecho Comercial*, t. II, pp. 1001-1045. Dir. R. Olivera García. Montevideo: La Ley Uruguay, 2020.
- «El control de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor: Ley No. 17.250», *LJU*, v. 152, pp. SE63-SE78. Montevideo: Albanell, 2015.
- «Proyecto de ley de tarjetas de crédito: aspectos a mejorar y errores a corregir», *Revista de legislación uruguaya*, v. 3, n° 8, pp. 161-176. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- «Daños por falsificación de tarjeta de crédito en la jurisprudencia uruguaya: a propósito de la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo

- Civil de 6° Turno de 19 de diciembre de 2003», *Revista Crítica de Derecho Privado* nº 2, pp. 287-294. La Ley Online: UY/DOC/459/2010.
- . *Responsabilidad por utilización indebida de tarjeta de crédito*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- . *Responsabilidad contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado. Universidad Autónoma de Barcelona, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto c-415/11)», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 5/2013, pp. 35-43. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/256> (consultado el 26/11/2022).
- MARTÍN FABA, J. «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: la doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 19/2016, pp. 217-232. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1193/968> (consultado 22/11/2022).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. «Cuestiones prácticas sobre el contrato de tarjeta de crédito», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº5/2013, pp. 189-196. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/268>.
- MARTÍNEZ MEDRANO, G. «Las Comisiones por servicios bancarios. Limite ante cobros abusivos a consumidores», pp. 7-8, 2018. Disponible en: <https://works.bepress.com/martinezmedrano/65/> (consultado el 1/6/2020)
- MERLINSKI GOLDSTEIN, R. «Tarjeta de crédito», *Curso de Derecho Comercial*, 4ª ed., pp. 380-382. Coord. por E. Holz Brandus y R., Poziomek Rosemblat. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2018.

- «Tarjetas de crédito: comentario del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados», *Hacia un nuevo Derecho Comercial. Sociedades – Contratos – Concursos*, pp. 367–375. Montevideo: FCU, 2012.
- «Protección del consumidor de servicios bancarios y financieros», *Revista crítica de Derecho privado*, n° 3, 2006, pp. 219-236, *LJU Online*, Cita Online: UY/DOC/332/2010.
- MILLER ARTOLA, A. *Manual de Derecho Comercial*, t. II. Montevideo: FCU, 2023.
- MORALES QUINTANILLA, C. «Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas», Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=55417> (consultado el 28/05/2020).
- MORALES ORTIZ, M.E. «El estilo inglés de control preventivo de cláusulas abusivas», *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 52, n° 154, 2019, pp. 171-198. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332019000100171](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332019000100171) (consultado 12/4/2022).
- MORENO LISO, L. «El consumidor ante las cláusulas abusivas en los contratos bancarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 122, 2011, Aranzadi Professional, BIB 2013\139008, pp. 47-86. Madrid: Lex Nova, 2011.
- MUGILLO, R. *Tarjeta de crédito: Régimen legal. Doctrina. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- NICOLAU, N. y STIGLITZ, R. «Cláusulas abusivas», *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, Dir. SZAFIR SLOTOLOW, D., t. II, pp. 831-846. Montevideo: La Ley Uruguay, 2011.
- NIETO CAROL, U. *Contratos bancarios de financiación. Contenido económico. Transparencia y protección de la clientela*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/44159> (descargado el 10/12/2022).

- OLIVERA GARCÍA, R. *Cuestiones de derecho bancario*, 1ª ed. Montevideo: FCU 2015.
- «Contrato de seguro y autonomía de la voluntad», *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho comercial*, pp. 309-316. Montevideo: FCU, 2014.
- «El concepto de “consumidor” en la Ley de Relaciones de Consumo», *Tribuna del Abogado*, nº 119, pp. 11-13. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2000.
- ORDOQUI CASTILLA, G. *Derecho de los contratos comerciales modernos*, t. II. Montevideo: La Ley Uruguay, 2022.
- «Cláusulas abusivas con un adherente empresario», *Anuario de la Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, V. 1, pp. 303-434. Buenos Aires: AIDP, IJ, 2015.
- *Abuso de Derecho*. Montevideo: Ediciones del Foro y Amalio M. Fernández, 2009.
- *Desequilibrio en los contratos: privados y públicos*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2008.
- *Derecho del consumo, Ley 17.250, Decreto reglamentario 244/00*. Montevideo : Del Foro, 2000.
- ORTIZ, V. «Las cláusulas abusivas en los contratos bancarios». *Los retos de la modernidad: cuestiones de Derecho comercial actual: sociedades, contratos, concurso*, pp. 307-310. Montevideo: FCU, 2015.
- PASCUAL MARTÍNEZ, E. «Cláusulas abusivas en contratos bancarios», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº4/2012, pp. 51-69. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/135> (descargado el 18/03/2022).
- PEREIRA CAMPOS, S. «Tendencias jurisprudenciales sobre cláusulas abusivas (Ley de relaciones de consumo nº 17.250)», *Estudios sobre defensa de*

*la competencia y relaciones de consumo*, pp. 303-312. Dir. PEREIRA CAMPOS, S. y RUEDA KRAMER, D. Montevideo: FCU, 2008.

PEREIRA CAMPOS, S. y BERDAGUER ESTRADER, J. «Estudio panorámico de la jurisprudencia sobre relaciones de consumo», *Estudios sobre defensa de la competencia y relaciones de consumo*, pp. 235-301. Dir. PEREIRA CAMPOS, S. y RUEDA KRAMER, D. Montevideo: FCU, 2008.

----- *Cinco años de jurisprudencia sobre relaciones de consumo Ley n° 17.250*. Montevideo: Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales, 2006.

PEREIRA CAMPOS, S., y RODRÍGUEZ SCHETTINI, C. «¿Puede el juez declarar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva de un contrato?», *Revista de Derecho y Tribunales*, n° 3, pp. 41-54. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2006.

PÉREZ FONTANA, S. *Títulos Valores*, t. III. Montevideo: FCU, 1985.

RINCÓN ANDREU, G. «Cláusulas abusivas en contratación bancaria: doble control de transparencia en España y la Unión Europea». *Novum Jus*, v. 13, n° 2 (2019). Disponible en: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/2277/2612> (consultado 2/5/2020).

RODRÍGUEZ AZUERO, S. *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, 4ª ed. Bogotá: Felaban, 1990.

RODRÍGUEZ OLIVERA, N., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, t. VI. 2ª ed. Montevideo: FCU, 2021.

----- *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, t. IV. 2ª ed. Montevideo: FCU, 2021.

----- *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 5, t. 1, Montevideo: FCU, 2014.

----- *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 3. Montevideo: FCU, 2006.

- RODRÍGUEZ, J. «Entorno al contrato de adhesión y las cláusulas abusivas», *Doctrina & Publicaciones CADE*, n° 118. Montevideo: CADE, 2005.
- SÁNCHEZ CALERO, J. «Tarjetas de Crédito y tutela del consumidor», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, n° 98, pp. 83-120, 2005. Disponible en: [https://eprints.ucm.es/5975/1/Tarjeta\\_cr%C3%A9dito.pdf](https://eprints.ucm.es/5975/1/Tarjeta_cr%C3%A9dito.pdf) (consultado 8/5/2020).
- SÁNCHEZ VENTURA, I. «Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas. España e Inglaterra», *Revista de Derecho Civil*, v. 5, n° 2 (2018), ISSN 2341-2216, <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/331/268> (consultado 29/1/2023).
- SAUX, E. «Régimen Jurídico de la Tarjeta de Crédito», *ADCU*, t. XXX, pp. 797 - 813. Montevideo: FCU, 2001.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. «Cláusulas Abusivas en los contratos de créditos al consumo» *Boletín del ministerio de justicia* n° 2153, abril 2013 ISSN: 1989-4767. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4179583.pdf> (consultado 12/5/2020).
- STROIE, I. R. «El TJUE Declara Que El Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n° 5/ 2013, pp. 235- 236. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/276> (consultado 26/11/2022).
- SZAFIR SLOTOLOW, D. «Contrato de Adhesión y Cláusulas Abusivas», *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, Dir. SZAFIR SLOTOLOW, D., t. I, pp. 421-494. Montevideo: La Ley Uruguay, 2011.
- *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Consumidor*, t. II. Montevideo: La Ley Uruguay, 2011.
- *Consumidores: análisis exegético de la Ley 17250*. Montevideo: FCU, 2009.

----- «Cláusulas abusivas, buena fe y excesiva onerosidad», *Tribuna del abogado*, n° 144, pp. 13-16. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 2005.

SZAFIR SLOTOLOW, D., y CARRETTO PEREIRA, S. «Un estudio práctico: Cláusulas abusivas insertas en los contratos de servicios financieros.», *Revista Crítica de Derecho Privado*, 9, 301 - *Revista de Legislación Uruguaya* 2013 (setiembre) (La Ley online: UY/DOC/245/2012).

TRAVESEDO DE CASTILLA, M.D.P. *La Directiva 93/13/CEE. Interpretación jurisprudencial. Tribunal de Justicia de la Unión Europea versus Tribunal Supremo*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid: 2021). Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSocMptravesedo/TRAVESEDO\\_DE\\_CASTILLA\\_Maria\\_Pilar\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSocMptravesedo/TRAVESEDO_DE_CASTILLA_Maria_Pilar_Tesis.pdf) (consultado 10/4/2022).

TORRALBA MENDIOLA, E. «El Juez no puede, al amparo de la Directiva 93/13, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor en una cláusula abusiva», *Revista Cesco De Derecho De Consumo*, n° 6/2013, pp. 306-307 Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/324> (consultado 26/11/2022).

URIARTE CASTILLO, J. *Transformación y modernización de los servicios de contratación bancaria con consumidores y usuarios*. Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, 2015. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10651/34829> (consultado 10/4/2022).

WAYAR, E., *Tarjeta de Crédito y defensa del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

ZABALLOS ZURILLA, M. «El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: aspectos clave», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 46/2023, pp. 68–86. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3336/2642> (consultado 13/11/2023).