

LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Autor:
Hernández, Carlos A.

Cita: RC D 1174/2017

Tomo: 2016 1 Consumidores

Revista de Derecho de Daños

Subtítulo:

Aportes del Código Civil y Comercial de la Nación

Sumario:

I. Introducción. II. El contrato de consumo: concepto y elementos tipificantes. Marco metodológico en el cual se presenta el debate de la autonomía de la voluntad. III. Principios informadores especiales de los contratos de consumo. IV. Actuación de los principios generales en los contratos de consumo. 1. Autonomía de la voluntad, eficacia vinculante y relativa. Límites derivados de la buena fe y el orden público. 2. La autonomía de la voluntad desde el interés del consumidor y del proveedor. 3. Mecanismos de protección del consumidor frente a la afectación de su libertad de contratar. 4. Límites a la libertad de contratar del proveedor. Competencia y abastecimiento. 5. Límites a la libertad contractual en los contratos de consumo: la problemática del control de cláusulas abusivas. 5.1. Control preventivo de sesgo administrativo. 5.2. Instrumentos preventivos sustentados en la información (el control de incorporación). Ámbito de aplicación. Instrumento indirecto de resguardo de la autonomía. 5.3. Instrumentos para el control judicial de contenido. V. A modo de conclusión.

LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

I. Introducción

El Derecho del Consumidor se ha visto impactado fuertemente por el Código Civil y Comercial de la Nación, que incorporó dentro de su ámbito a la categoría del consumidor. Lo ha hecho sin derogar la ley 24.240 -aunque ajustándola en algunas de sus normas-, consagrando principios y reglas coherentes con las exigencias emergentes del artículo 42 de la Constitución Nacional, desde que refuerza el régimen en temas nucleares o nodales, tales como las prácticas y cláusulas abusivas, la información y la publicidad, y las modalidades especiales de acceso al contrato de consumo [\[1\]](#).

La regulación del consumidor en el nuevo Código, aunque prevista en ocasión de los contratos de consumo (Libro Tercero, Título III), comienza con el tratamiento de la "relación de consumo", lo que hace que sus normas se proyecten sobre todas sus fuentes generadoras, sea que se trate de un acto jurídico unilateral, una práctica o conducta, un hecho ilícito o un contrato [\[2\]](#).

La cuestión reviste implicancias metodológicas trascendentes, que obligan a intensificar el diálogo de las fuentes del Derecho del Consumidor, en sintonía con las propias del Derecho Privado, sin desconocer la relevancia de la especialidad del primero y el rol informador de los principios generales.

A diferencia de las críticas efectuadas por algún sector de nuestra doctrina [\[3\]](#), juzgamos que el camino trazado constituye un interesante avance, en cuanto no sólo busca consolidar los criterios protectorios ya existentes en un sistema normativo de mayor estabilidad, sino también mediante la generalización de algunas de sus reglas al ámbito del Derecho común.

Estamos convencidos de que este nuevo contexto normativo obliga a intensificar los estudios e investigaciones sobre la materia, a fin de dar cuenta de su verdadero impacto, en miras de la protección efectiva del consumidor, como expresión de una nueva cultura jurídica. Por ello, resulta alentador el propósito de este número de la *Revista de Derecho de Daños*, dedicado exclusivamente al "Derecho del Consumidor".

En esta oportunidad, nuestro estudio está dedicado a los *Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo*, que tiene la virtud de considerar las implicancias de un tema clásico de la "teoría del negocio jurídico" en un área en desarrollo y expansión.

II. El contrato de consumo: concepto y elementos tipificantes. Marco metodológico en el cual se presenta el debate de la autonomía de la voluntad

Como ya adelantáramos, el contrato de consumo emerge en el Código unificado en un ámbito más amplio de alcance, referenciado como la fuente principal de las relaciones de consumo. El mismo ha sido captado por el artículo 1093, que señala: "Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

Desde nuestra perspectiva, la definición no da cuenta de un "concepto", sino, antes bien, de una "tipificación" del contrato de consumo, que se presenta así como un nuevo paradigma de la "teoría general". Diferentes argumentos confluyen en esa dirección:

1) El contrato de consumo se reconoce inicialmente en el concepto general que suministra el ya considerado artículo 957, desde que también en este ámbito las partes deben ostentar intereses contrapuestos, acordar sobre relaciones jurídicas patrimoniales, y hacerlo en miras de satisfacer ciertos propósitos. Ello no niega la existencia de matices propios. Así: a) El consentimiento se enmarca en un contexto de asimetría entre las partes, que puede ser económica, informativa o técnica. Ello ha obligado al legislador a reforzar el período precontractual -y sus deberes respectivos (arts. 991 y 992)-, e incluso a admitir mecanismos que lentifican el perfeccionamiento o la eficacia, como sucede con las operaciones fuera de los establecimientos comerciales y a distancia (arts. 1104, 1105 y ss.). Sin embargo, sobre la existencia misma del consentimiento no puede dudarse, a riesgo de negar la desnaturalización de la figura. Un ejemplo elocuente lo da el artículo 1121 del Código Civil y Comercial, en cuanto ordena que "No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado..." [4]; b) el objeto genera menos tensiones. Es que, por ejemplo, resulta incontrovertible la aplicación del artículo 1004, en cuanto consagra que "No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean"; c) finalmente, y aunque ya no se cuestiona a la causa final en la estructura del contrato, en materia de consumo, el modo de acceso al negocio usualmente dificulta la ponderación de los motivos (arts. 281, párrafo final, y 1012), razón por la cual la misma se torna objetiva, atendiendo al "...fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad". Lo dicho no significa negar trascendencia -en todo caso- a los motivos bilateralizados de los contratantes para facilitar el despliegue de institutos como la frustración del fin (art. 1090), mas no puede desconocerse que tal situación no es frecuente.

2) La referencia normativa contenida en el artículo 1093 del Código unificado debe ser vista como un propósito explícito del reformador de avanzar en la tipificación del contrato de consumo, generando un contrapunto, a la vez que un diálogo necesario, con la categoría general -sea que se exprese en un negocio paritario o en uno por adhesión-. Lo expuesto supra explica que los elementos tipificantes sean esencialmente subjetivos, referidos a la presencia de un consumidor y un proveedor. La apertura demuestra una marcada flexibilidad y plasticidad, que hace que en el sistema normativo vigente sea posible observar una pluralidad de relaciones contractuales de consumo, que vinculan a proveedores y consumidores, y excepcionalmente a profesionales liberales con consumidores.

En síntesis, el fraccionamiento del contrato de consumo del tipo general no desconoce su pertenencia a la "teoría del contrato", lo que hace que su estructura y principios le resulten a priori aplicables, en tanto no colisionen con reglas o principios propios. Ello hace que el diálogo entre ambos sea fecundo, y pensado como un camino de doble vía [5], desde que el contrato de consumo, al presentar una mayor flexibilidad estructural y de principios, es propicio para la elaboración de respuestas novedosas, que con el tiempo -y bajo ciertas circunstancias- comienzan a proyectarse sobre el tipo general. De este modo, el contrato de consumo se constituye en un interesante mecanismo de modernización del Derecho contractual, contribuyendo a conformar su agenda. El Código Civil y Comercial ha tomado nota de ello, dando muestras de una visión metodológica acertada, que reconoce una precisa evolución del tipo contractual general [6].

III. Principios informadores especiales de los contratos de consumo

El Derecho del Consumidor reconoce principios informadores que lo legitiman como rama autónoma. El Código unificado ha concretado una labor de afianzamiento, consolidación y extensión de los mismos [7].

Los principios iluminan y guían el funcionamiento de las instituciones del Derecho del Consumidor, inclusive el contrato de consumo, y encuentran en el artículo 1094 del nuevo régimen un marco dogmático de sustentación. En él se afirma que "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor". "Protección del consumidor" y "acceso al consumo sustentable" se erigen así en instrumentos eficaces para la elaboración de las respuestas jurídicas [8].

El principio de "protección del consumidor" encuentra entre nosotros valiosos antecedentes [9]. De modo más o menos implícito aunque elocuente, campea en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en algunos tratados con jerarquía constitucional y en la ley 24.240. No puede dudarse que el principio actúa en todas las relaciones de consumo, y en consecuencia no se limita a aquellas que resultan de contratos [10]. Así, los actos jurídicos unilaterales, las prácticas o conductas de los proveedores y los hechos ilícitos también se ven intervenidos por el principio protectorio, y aun en el marco de procesos de consumo.

En el ámbito contractual, el principio entronca con la regla hermenéutica *favor debilis*, que ha actuado como ajuste de la pauta *favor debitoris* [11]. Sobre las mismas, nuestra doctrina colectiva ha dicho en ocasión de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil que "I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones". Estos criterios encuentran hoy variadas expresiones. Así, el artículo 987 del nuevo Código -aplicable a los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas- dispone que las cláusulas ambiguas se interpreten en sentido contrario a la parte predisponente. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 3° de la ley 24.240 -en sintonía con el artículo 1095 del Código Civil y Comercial unificado- dispone que "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor". De este modo, se formula una distinción que reconoce la doctrina más avanzada entre las reglas *contra proferentem* y *favor consumidor*, dado que esta última constituye una versión más avanzada y protectoria que la primera, toda vez que beneficia a los consumidores, en todos los contratos -predispuestos o negociados- y tanto en las cláusulas claras como en las contradictorias [12]; de este modo, se expresa en el campo de los contratos de consumo como una derivación lógica del "principio de protección del consumidor".

Por lo demás, en el último tiempo, este principio ha contribuido a propugnar una visión más subjetiva de la tutela, al propender a la consideración de la condición de analfabeto, carenciado, niña, niño, adolescente, anciano, enfermo, discapacitado, etcétera, a través del desarrollo de la figura del "subconsumidor" o "consumidor particularmente vulnerable", que constituye en la actualidad uno de los aspectos centrales de consideración [13]. En cuanto al "principio de acceso al consumo sustentable" se destaca que actúa como el reverso del "principio de protección del consumidor", desde que exige que la satisfacción de las necesidades humanas no afecte al medio ambiente. Como bien lo señala Gabriel Stiglitz [14], se trata de un axioma universal que lo vincula de modo intenso al Derecho Ambiental, encaminado al mejoramiento de la calidad de vida individual y colectiva [15]. Al soporte constitucional que brindan a dicho principio los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, se adiciona ahora -en sintonía con otras experiencias del Derecho Comparado- el ya citado artículo 1094, que entronca con las facultades reconocidas a la autoridad nacional de aplicación en el inciso a, del artículo 43 de la ley 24.240, en cuanto dispone que la misma puede "...elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes" [16].

La escasa reglamentación normativa de esta problemática, potencia de modo significativo al referido principio, del cual pueden inferirse soluciones concretas. Es el caso de las cláusulas que lesionan directa o indirectamente un bien jurídico ambiental, o las prácticas comerciales, como las publicidades que infrinjan valores ambientales. En ambos casos, la ausencia de una regla expresa que las prohíba -al estilo de lo que hace el Código de Defensa del Consumidor de Brasil [17]- no impide llegar a esa conclusión por imperio del diálogo entre las reglas relativas a cláusulas y prácticas abusivas y el "principio de acceso al consumo sustentable".

IV. Actuación de los principios generales en los contratos de consumo

1. Autonomía de la voluntad, eficacia vinculante y relativa. Límites derivados de la buena fe y el orden público

Sin perjuicio de los principios especiales de la disciplina, también actúan los principios generales del Derecho Privado. Para ingresar en el tema, es necesario recordar que el Código Civil y Comercial de la Nación "...regula principios generales en el Título Preliminar, que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tiene sobre las leyes especiales" [18]. En ocasiones, la regulación se presenta de modo marcadamente transversal -sin aparecer enunciada en el Título Preliminar- como sucede con la autonomía de la voluntad, que se recoge en ocasión de la persona con capacidad restringida o con incapacidad (art. 32); en los pactos de convivencia (art. 513); en los alcances de la responsabilidad parental (art. 639); en la representación legal (art. 677); al reconocer la libertad contractual y sus límites (art. 958); en el orden de prelación normativa prevista en materia de responsabilidad civil (art. 1709), entre otras disposiciones legales.

La cualidad intrínseca que dichos principios portan -su generalidad- torna ociosa la pregunta sobre su aplicación al campo de los contratos de consumo. Sin embargo, el hecho de que actúen en dicho ámbito no significa que no resulte válida la reflexión sobre el modo concreto en que lo hacen, y con qué matices y alcances [19]. Sin desbordar el sentido acotado del presente trabajo, se señalan a continuación algunos aspectos que pueden ser de interés, a saber:

1) La buena fe (art. 9°) y el abuso de derecho (art. 10) dan fundamento de múltiples a múltiples instituciones tipificadas en el nuevo régimen, o en límites a su ejercicio, sean aplicables a todos los contratos, o sólo a los contratos de consumo. En el primer grupo, la buena fe objetiva -lealtad o probidad- informa al iter contractual (art. 961); a los deberes precontractuales (arts. 991 y 992); a la suspensión del contrato (art. 1031), y a su tutela preventiva (art. 1032). La buena fe subjetiva sustenta la obligatoriedad de la oferta (art. 974), y la interpretación conforme al principio de confianza (art. 1067). El abuso de derecho opera sobre la configuración del incumplimiento como presupuesto de la resolución por incumplimiento (arts. 1084 y 1088). Por su parte, en los contratos de consumo, la buena fe objetiva es el soporte último del deber de información y del criterio de fijación de competencia en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia (art. 1109). En tanto, el abuso del derecho se reconoce en ocasión de las prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.); en la publicidad abusiva (art. 1101, inc. c), y en la situación jurídica abusiva (art. 1120), entre otras figuras.

2) La libertad de contratar, la libertad contractual y su correlato lógico de la fuerza vinculante exigen una consideración de mayor complejidad.

Es interesante reseñar que el principio aparece inicialmente consagrado en ocasión del tipo general, y en diversas normas de importancia. Así, la primera parte del artículo 958 dispone que "Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido", y en idéntico tramo del artículo siguiente se afirma que "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes". Luego en reglas posteriores se ratifican dichos axiomas, como, por ejemplo, en el artículo 990, que acepta que "Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento". Sin embargo, el mismo Código se encarga de explicitar -en sintonía con la realidad socioeconómica actual- que la libertad de contratar no es absoluta, y que debe sujetarse a los "...los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958 *in fine*) y que "Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé" (art. 959, última parte). De ello se desprende que "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público" (art. 960).

Por lo dicho, resulta difícil desconocer que aun en la tipificación del modelo general de contrato se acepta una fuerte morigeración del vínculo obligatorio, lo cual se expresa en el reconocimiento de la renegociación de los contratos de duración (art. 1011); en la frustración del fin (art. 1090), y en la imprevisión (art. 1091).

Los límites se acentúan en el ámbito de los contratos por adhesión y de consumo, desde que la negativa a contratar no siempre se encuentra autorizada, al tiempo que el consentimiento no alcanza para validar el contenido predeterminado del acuerdo [20]. Como bien se recuerda en el Derecho Comparado, la cuestión no es nueva, ya que desde finales del siglo XIX se viene reflexionado sobre el problema de la igualdad de los contratantes en ocasión de la categoría del históricamente denominado "*contrat d'adhésion*" [21]. A los fines del presente trabajo se pondera que esa teoría tuvo un fuerte rebote a partir del último cuarto del siglo XX, en lo que algunos autores han dado en llamar el "movimiento legislativo de protección de los consumidores" [22]. Aquí se expresa un punto evidente de conexión entre el contrato por adhesión y el contrato de consumo, que en miras de

reforzar el equilibrio del negocio recorta las libertades del predisponente o proveedor. El parentesco entre unos y otros deviene innegable. En esta tradición se enanca el Código Civil y Comercial de la Nación.

El reclamo de equilibrio de estas relaciones contractuales [23] se expresa en normas de orden público. La noción de orden público constituye uno de los conceptos más difíciles de precisar dentro del ámbito de la teoría general del Derecho, por cuanto se trata de un principio mutable cuyo contenido depende de los criterios axiológicos existentes en una determinada sociedad y en un determinado momento. Estas características, lejos de minimizar o dificultar su despliegue, son las que permiten su adecuación a las cambiantes exigencias de la realidad social. Históricamente el orden público ha sido considerado desde un punto de vista "político y moral", procurando la defensa de los valores comunitarios del Estado, la familia y el individuo. Esta perspectiva fue consagrada legislativamente en las constituciones y códigos decimonónicos, traduciéndose en la imposición de límites a la autonomía negocial. En la actualidad, esa manera de observar al orden público se ha visto acotada preferentemente a la tutela de la persona, al mismo tiempo que se ha advertido la necesidad de su apertura hacia los horizontes económicos y sociales, especialmente con fines de protección de los débiles jurídicos [24].

Sobre estas limitaciones en el contrato de consumo, habremos de extendernos más adelante.

3) El lógico recorte de la eficacia vinculante tensiona también sobre la eficacia relativa. Siempre se ha reconocido la filiación entre ambos principios. No es de extrañar, por tanto, que la flexibilización del primero se proyecte sobre el segundo, más aún en el contexto de globalización y complejidad de la trama negocial contemporánea. Debido a ello, al menos la relación de principio y excepción existente entre la eficacia relativa y la conexidad, aparece puesta en entredicho en el ámbito de los contratos de consumo [25].

2. La autonomía de la voluntad desde el interés del consumidor y del proveedor

Recuerda el maestro Mosset Iturraspe que "...el acuerdo de voluntades, en muchos casos, contrapone a libres con necesitados, a fuertes con débiles o menesterosos, a personas justas con injustos o aprovechadores" [26], lo que demuestra que los presupuestos de libertad e igualdad de los que se partía para sustentar el axioma de la autonomía de la voluntad, la fuerza vinculante y la relatividad del contrato no siempre se reconocen en el plano de la realidad económico-social.

En un sentido similar, en el Derecho Comparado se afirma que no siempre al ordenamiento jurídico le resulta indiferente el modo de resolución de conflictos de intereses entre los particulares, lo que se observa en diferentes sectores de la vida jurídica [27].

Probablemente, el contrato de consumo constituya un ejemplo paradigmático de lo expuesto, desde que una respuesta jurídica contraria importaría tanto como privilegiar el interés del proveedor por sobre el del consumidor, al punto de desconocerlo en la práctica. Ello explica en este campo, la existencia de límites a la autonomía de la voluntad en miras de lograr una mayor justicia negocial.

3. Mecanismos de protección del consumidor frente a la afectación de su libertad de contratar

En las relaciones de consumo resulta habitual el empleo de prácticas reñidas con la buena fe o que lesionan derechos fundamentales del consumidor. Esto ha llevado a reglamentar algunas de ellas para garantizar a los consumidores la plena vigencia de sus derechos, como así también la transparencia y lealtad en las relaciones comerciales, y, en otros casos, directamente a prohibirlas, en razón de su carácter abusivo.

Conforme hemos sostenido en otra oportunidad, "La naturaleza singular de cada práctica es diferente en razón de la diversidad de métodos y procedimientos a los que se recurre y también según los diferentes sectores de la actividad económica (prácticas bancarias, comercio electrónico, medicina prepaga, transporte, etc.). Consecuentemente, se observa que el ámbito dentro del cual estos mecanismos pueden ser utilizados y desplegar sus efectos es amplísimo; por ende, su licitud debe ser apreciada en toda esa extensión. Así, algunas prácticas comerciales, vinculadas al marketing, quizás las más frecuentes, proyectan sus efectos en la etapa precontractual (v. gr., publicidad, ofertas condicionadas a la adquisición de otros productos, promociones mediante premios, envíos de productos no solicitados). Existen otras prácticas comerciales cuyas consecuencias se producen en la fase de ejecución del contrato, cuando el consumidor ya es cliente de una determinada empresa, como sucede con aquellos comportamientos del proveedor susceptibles de obstaculizar el ejercicio de derechos del consumidor o el acceso a las prestaciones contratadas (v. gr., *overbooking*, negativas de prácticas médicas incluidas en el programa médico obligatorio, no dar atención a reclamos del consumidor, dificultar la

extinción de la relación, prestar el servicio en condiciones inseguras o de riesgo para el usuario, etc.). Finalmente, otras prácticas comerciales se manifiestan como postcontractuales (por ej.: ausencia de servicio técnico en el ámbito territorial donde el producto se comercializa; ingreso del consumidor a banco de datos de deudores morosos, empleo de mecanismos intimidatorios en la cobranza de deudas, entre otros) [28]. Ese contexto fáctico de marcada complejidad, presente en las diferentes etapas del iter contractual, resulta alcanzado por la ley 24.240, y enriquecido por el Código unificado [29], en sintonía con las experiencias comparadas [30], puesto que además de recogerse estándares, se tipifican un conjunto de prácticas de particular lesividad.

En directa relación con el tema aquí considerado, el nuevo Código se ocupa de evitar la vulneración de la libertad de contratar del consumidor, al disponer que "Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo" (art. 1099). Ya adelantamos que en materia de relaciones de consumo, la libertad de contratar del consumidor, manifestación de la autonomía privada, sufre significativas restricciones a consecuencia del poder económico ejercido por las empresas proveedoras de bienes y servicios. Esto motiva que las normas dirigidas a proteger al consumidor se ocupen de diseñar herramientas jurídicas para amparar esa libertad y garantizar, así, el acceso al consumo. En esa dirección, va el citado artículo 1099 del Código unificado, que no hace más que reglamentar el derecho fundamental del consumidor a la libertad de elección (art. 42, Const. Nac.). Su objetivo apunta a captar toda clase de técnica o método empleado en la comercialización de bienes de consumo que, de manera directa o indirecta, atenten contra la libertad de contratar cercenándola sustancialmente o suprimiéndola. La finalidad es posibilitar al consumidor decidir libremente sobre las operaciones a celebrar, de modo que no sean producto de coacciones, acosos, presiones o influencias desleales [31].

La norma dialoga con otras soluciones que encierran mecanismos aptos para jerarquizar la libertad de contratar o de elección del consumidor, y que merecen un especial tratamiento de parte del legislador. En esa línea se encuentran: a) el derecho de arrepentimiento, y su consiguiente plazo de reflexión, propios de los "contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales" y de los "contratos a distancia", que atienden a la vulnerabilidad que generan para constituir la relación de consumo, y de los cuales el nuevo Código se ocupa de su tratamiento, en los artículos 1104 a 1116 [32], proporcionando reglas que perfeccionan e integran el régimen dispuesto en el Capítulo VII, artículos 32 a 34 de la ley 24.240 [33]. Sobre el particular recordamos que el signo dominante de estas operaciones jurídicas es la llamada "revocación" -a la que aluden y regulan los artículos 1110 a 1116 inclusive-, y a la que se tipifica como un derecho subjetivo discrecional del consumidor que le permite dejar sin efecto un contrato ya perfeccionado durante el plazo previsto por la ley. Se trata de un supuesto paradigmático de morigeración de la fuerza vinculante del contrato (art. 959) que se justifica en miras de conceder al consumidor o usuario un plazo dentro del cual pueda reflexionar sobre la conveniencia del negocio concertado, verificar si la materia por la cual prestó su consentimiento coincide con la efectivamente recibida, o simplemente, reconocer que aún tiene interés en mantenerlo vigente. En definitiva, se busca tutelar al consumidor a través del reconocimiento del derecho "irrenunciable" a extinguir el vínculo contractual, sin invocar causa, y sin consecuencias gravosas para él, dentro de un plazo que ralentiza el consentimiento prestado. Por tanto, desde la teoría general puede decirse que el derecho de revocación de la aceptación junto al llamado "plazo de reflexión" constituyen institutos de ruptura de la concepción clásica del contrato, en cuanto posibilitan al consumidor volver sobre su decisión y, bajo ciertas condiciones, desligarse unilateralmente de un vínculo negocial ya perfeccionado. Como es sabido los fundamentos de esta protección son múltiples. Así, puede encontrar sustento en que la iniciativa de celebrar el contrato no ha nacido del consumidor, sino que ha sido inducida, y a veces impuesta por la sorpresa, mediante sistemas de marketing manejados por el proveedor, y diseñados -por lo general- para ejercer presión sobre un consumidor vulnerable y desprevenido. En otros, cuando siendo el contrato buscado por el consumidor, éste se encuentre distante del establecimiento del proveedor, y en consecuencia de la prestación a la que pretende accederse. Aunque -como se dijo- la revocación se halla contemplada en la ley 24.240, el esquema normativo que propone el nuevo Código Civil y Comercial avanza en la precisión de una serie de aspectos que no encuentran en la actualidad adecuada regulación. Así, por ejemplo, resulta acertado que se prevean las consecuencias de la falta de información del derecho de arrepentimiento de que goza el consumidor (art. 1111, *in fine*); la forma de ejercicio del mismo (art. 1112); los efectos de la extinción (art. 1113); la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor del derecho a extinguir el negocio (art. 1114) [34]; b) la denominada "situación jurídica abusiva" -reconocida en el artículo 1120 del nuevo Código-, que se configura cuando existe predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos que persiguen en su conjunto provocar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, a partir de la "asfixia" de éste [35]. Es evidente

que mediante su tipificación se buscan neutralizar aquellos mecanismos de los proveedores que importan una grave afectación de libertades de los consumidores en el marco de contratos conexos [36].

4. Límites a la libertad de contratar del proveedor. Competencia y abastecimiento

La variabilidad de los mecanismos o métodos capaces de restringir o suprimir la libertad de elección del consumidor es significativa, de ahí que se procure combatirlas a través de estándares amplios, tal como lo hace el recordado artículo 1099 del Código Civil y Comercial. Por ello, se ha sostenido que la amplitud de la citada disposición habilita a considerar comprendida en sus alcances a otras prácticas prohibidas en las leyes de defensa de la competencia, tales como la negativa de venta de un producto o prestación de un servicio al consumidor, sin motivo legítimo [37].

En la misma dirección se encuentra el artículo 4º, inciso f, de la Ley de Abastecimiento, en cuanto consagra sanciones para quienes: "...Negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o redujeren sin causa la producción habitual o no la incrementaren, habiendo sido intimados por la autoridad de aplicación a tal efecto con cinco (5) días hábiles de anticipación, en caso de tener capacidad productiva, para responder a la demanda" (inc. f), o "Desviaren o discontinuaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada" (inc. g).

5. Límites a la libertad contractual en los contratos de consumo: la problemática del control de cláusulas abusivas

Finalmente, la autonomía de la voluntad encuentra en los contratos de consumo fuertes límites al poder de configuración unilateral, al dar cuenta de un orden público económico de protección, que morigerara el rigorismo del *pacta sunt servanda* en lo concerniente al régimen de cláusulas abusivas.

Sobre el mismo no puede obviarse la postura seguida por el Código unificado, de consagrar un régimen de cláusulas abusivas con lazos marcados entre los contratos por adhesión, y los contratos de consumo. El legislador no ha querido dejar dudas al respecto, desde que, metodológicamente, la tipificación de las cláusulas abusivas en los primeros resulta aplicable a los segundos -más allá de algunas diferencias-, conforme lo previsto en el artículo 1117, el que dispone que "Se aplican en este Capítulo [contratos de consumo] lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 [contratos por adhesión], existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes". A ello ha contribuido el hecho de que los límites expresados por el nuevo Código ya estaban expuestos en la Ley Defensa del Consumidor (art. 37), que tiene por no convenidas a las cláusulas que "limitan la responsabilidad por daños" y que invierten "la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", además de establecer como estándares de descalificación a la "desnaturalización de las obligaciones de las partes" y a la "renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la contraparte".

La decisión de política legislativa de acercar -al menos en algunos aspectos- a los contratos por adhesión y a los de consumo no resulta inadecuada. Encuentra antecedentes en la jurisprudencia relativa a los contratos por adhesión entre empresas, y se arraiga en la doctrina que postula el principio de protección de toda "debilidad jurídica", que se reconoce en otros ordenamientos.

Cabe aclarar, finalmente, que la cercanía del régimen de cláusulas abusivas en contratos por adhesión y de consumo no es absoluta, desde que las normas especiales que diagrama el nuevo Código para la tutela del consumidor frente cláusulas de esa naturaleza contiene una protección aún mayor, desde que no requiere la existencia de una cláusula predispuesta. Así, el artículo 1118 afirma que "Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor".

5.1. Control preventivo de sesgo administrativo

En concordancia con el artículo 38 de la ley 24.240 el nuevo Código afirma que "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial..." (art. 989 -y art. 1122, inc. a-). Se trata de una cuestión que se encuentra consolidada entre nosotros, aunque no deja de presentar interés por su repercusión en áreas

sensibles como la de los contratos de seguros, bancarios, de ahorro previo, etcétera.

Es conveniente destacar que el nuevo Código no ha considerado útil potenciar -en sintonía con el Derecho Comparado- un sistema de control preventivo con participación de la administración, los consumidores y los proveedores, en búsqueda de generar una especie de negociación colectiva de condiciones generales de contratación [38].

5.2. Instrumentos preventivos sustentados en la información (el control de incorporación). Ámbito de aplicación. Instrumento indirecto de resguardo de la autonomía

El artículo 985, bajo el título *Requisitos*, se ocupa del llamado "control de inclusión o incorporación" de las cláusulas predispuestas. En él se afirma que "Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares". La fórmula es similar a la empleada por la Ley de Defensa del Consumidor, y por algunas regulaciones comparadas relativas a condiciones generales de contratación. Desde una mirada sistémica, debe vérsela como una manifestación del "deber de información" que actúa en la etapa precontractual, toda vez que atiende a garantizar que el adherente resulte informado de las condiciones jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, y a emitir un consentimiento esclarecido, y por tanto plenamente eficaz. En definitiva, por él se propugna que las cláusulas contractuales predispuestas sean sometidas a priori a un severo "control de inclusión", determinándose si fueron suficientemente "conocidas" por el adherente, posibilitándole un margen de mayor autonomía.

De esta manera, el régimen general evidencia un nuevo punto de contacto con el subsistema de defensa del consumidor, en donde el control de incorporación, además de encontrarse receptado, ha sido provechosamente aplicado -desde hace tiempo- por nuestra jurisprudencia [39].

5.3. Instrumentos para el control judicial de contenido

El Código unificado no detiene la protección del adherente o del consumidor al "control de inclusión o incorporación" -que vimos en el punto anterior-, sino que se articula -en concordancia con las legislaciones más avanzadas del Derecho Comparado- con un sistema de "control sustancial o de contenido" de cláusulas abusivas [40]. A tales fines el artículo 988 -al que remite el artículo 1117- establece que "En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles".

De este modo, se otorga especial relevancia al equilibrio contractual en los contratos por adhesión y de consumo [41], lo que no sorprende, habida cuenta de que se trata de una tendencia universal, como lo refleja la experiencia latinoamericana, en donde Brasil aporta un modelo que encuentra importantes puntos de conexión con la legislación europea [42], en cuanto el párrafo IV del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor consagra una regla general que califica como abusiva a las cláusulas contractuales que "establezcan obligaciones consideradas inicuas, abusivas, que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad" [43].

En orden a la consideración particular del artículo 988, se señalan algunos aspectos sobresalientes, a saber:

1) Recurre a un "lacónico" diseño general, que resulta particularmente acertado [44]. Aunque el texto podría hacer pensar en su insuficiencia, se cree que "La utilidad de un régimen legal relativo a 'cláusulas abusivas' se mide no tanto por la incorporación de un extenso catálogo de cláusulas desestimables de pleno derecho, sino más bien por la recepción de 'normas abiertas' o 'estándares' que puedan adaptarse a las cambiantes, y a veces sutiles formas bajo las cuales los predisponentes suelen ofrecer sus condiciones. No pasa inadvertido que interesantes modelos legislativos sobre la materia [...] además de establecer listados de cláusulas susceptibles de desestimación, recurren a 'estándares' o 'principios válvulas' a fin de evitar la rápida obsolescencia del instrumental legislativo creado" [45]. En el mismo sentido, Mosset Iturraspe -citando a Dereux- ha dicho que "...resolver la cuestión, en base a leyes prohibitivas de determinadas cláusulas, valdría tanto como armarse de un

fusil para alejar las avispas que cubren una torta de miel; el plomo mataría sólo a algunas avispas pero, sin dudas, arruinaría la torta" [46].

2) El control de contenido se estructura sobre la base de estándares o normas abiertas, que tienen una larga prosapia entre nosotros [47]. En este punto, la simetría entre el artículo 988 del nuevo Código y la ley 24.240 es notoria, en especial en lo que concierne a las nociones de "desnaturalización de las obligaciones del predisponente" y "renuncia o restricción a los derechos del adherente", que provienen del Proyecto de Código Civil de 1987 [48], de donde pasaron luego a la Ley de Defensa del Consumidor y a varios de los proyectos de reforma. Sobre el contenido o alcance del enunciado en primer lugar, los fundamentos del Proyecto de 1998 lo describen con elocuencia, en cuanto allí se decía que "...los tribunales están habilitados para intervenir en los contratos predisuestos y en los contratos celebrados por adhesión, principalmente para evitar su desnaturalización, la cual constituye un *standard* de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones [...] y que se relaciona con la causa final entendida como el propósito común de las partes de alcanzar un resultado económico y jurídico" [49]. En sentido concordante la jurisprudencia ha hecho una rica aplicación del mismo en pluralidad de situaciones -aun ajenas al régimen de consumo-. Así, en un conflicto entre una automotriz y la empresa que había actuado como representante de aquélla en la comercialización de planes de ahorro, se afirmó que la predisposición contractual no puede desnaturalizar "...los principios esenciales del ordenamiento, las razones económicas y sustentantes del acuerdo y lo que las partes razonablemente programaron como finalidad del contrato celebrado..." [50]. En otro caso, en donde se juzgaba el alcance de una cobertura asegurativa, se dijo que "Las cláusulas *claims made* resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurador" [51]. El estándar también ha tenido reciente aplicación en un contrato de medicina prepaga [52]. Allí se afirmó que "La cláusula que excluye la cobertura de accidentes de tránsito en el contrato de medicina prepaga es abusiva, pues desnaturaliza las obligaciones y el equilibrio del contrato". Por su parte, el estándar que tiene por no convenidas a las cláusulas "...que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias", también ha venido afianzándose en la jurisprudencia en el ámbito de las relaciones de consumo, en donde se lo ha tomado con frecuencia [53]. Como bien se ha destacado, la referencia al Derecho supletorio es muy significativa, desde que "...el Derecho positivo no imperativo constituye, en los contratos por adhesión, el mínimo no derogable; los derechos y facultades reconocidos por las normas generales a favor del adherente no pueden ser restringidos, y los derechos que esas normas reconocen al predisponente no pueden ser ampliados. El Derecho supletorio es el modelo de comparación para delimitar la abusividad de la cláusula predispuesta" [54].

Finalmente, el Código unificado admite la abusividad de aquellas cláusulas que "por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles". El texto supone una apertura a la categoría jurídica de la "sorpresa", con fuerte raigambre en el Derecho Comparado [55], en especial, con institutos vinculados con los estándares jurídicos. Su recepción en el nuevo sistema de Derecho Privado es plausible en un doble sentido: a) es la culminación de un proceso con diferentes antecedentes nacionales [56]. Así, el Proyecto de 1998 la mencionaba en su artículo 327 como uno de los estados subjetivos del lesionante [57]. Del mismo modo, en los contratos de consumo la apertura a la "sorpresa" es aún más intensa, desde que las prácticas "sorpresivas" resultan expresamente tipificadas y combatidas (arts. 32, 33 y 34, ley 24.240), lo que se ha visto también consolidado en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1104 y ss.); b) constituye una pauta de descalificación éticamente irreprochable, desde que no se comprende de qué modo podría integrar el contrato una cláusula inesperada [58]. Por lo demás, para su apreciación, el artículo 988 emplea el recurso a la "razonabilidad", que reenvía a la realidad, exigiendo obrar de acuerdo a lo que resulta usual en el mercado [59] - [60]. De este modo, no puede dudarse que la razonabilidad obra como una determinación más precisa de la buena fe, dado que para reconstruir aquello que las partes entendieron, habitualmente será necesario partir de los criterios derivados de la aceptación general con un sentido humano de valoración, tomando en cuenta el tipo de contrato perfeccionado y la realidad económico social circundante [61].

V. A modo de conclusión

La reciente "tipificación" del contrato de consumo por el nuevo Código Civil invita a reflexionar sobre sus alcances y efectos, y sobre el rol que cumplen los principios generales dentro de dicha categoría. En ese marco, deben ser

entendidas las reflexiones precedentes, concernientes al principio de autonomía de la voluntad.

- [1] STIGLITZ, Gabriel, La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación, L. L. Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación 2014-137 y ss.
- [2] HERNÁNDEZ, Carlos A., Relación de consumo, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 386 y ss.
- [3] Dentro de esas voces sobresale la del prestigioso jurista Carlos Alberto Ghersi. De este autor puede verse Regulación contractual en el Código Civil y Comercial. Desde el análisis económico del Derecho, en L. L. 2015-C-1078.
- [4] Sobre el particular hemos señalado que el Código unificado ha seguido criterios compartidos en el Derecho Comparado; ver HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, ps. 309 y ss. Sólo a modo de ejemplo, se recuerda al art. 4º de la Directiva europea 93/13, que establece: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Por su parte el Código alemán trae una regla de exclusión más extensa al disponer que "Este título no será de aplicación a contratos relativos al Derecho de Familia, Sucesorio y de Sociedades, así como a contratos sobre tarifas, contratos de servicio y contratos de industria. Para su aplicación a los contratos de trabajo, se deberán tener en cuenta debidamente las especialidades previstas en el Derecho del Trabajo; el § 305, apartados 2 y 3, no es de aplicación. A los contratos sobre tarifas, contratos de industria y contratos de servicio se equiparan las disposiciones legales en el sentido del § 307, apartado 3" (§ 310 [4]), según traducción de María Luisa Vives Montero, Anuario de Derecho Civil, t. LV, F. III, Madrid, julio-setiembre de 2002, p. 1253.
- [5] LIMA MARQUES, en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 177 y ss.
- [6] Tradicionalmente se ha reconocido la evolución del sistema de los tipos contractuales en las figuras especiales. Así se ha dicho que el nacimiento de un tipo especial provoca una serie de contrapuntos con los tipos vecinos, tensionando cada uno sobre sus confines. Del mismo modo se ha sostenido que la evolución interna de un tipo puede constituirse en fase preparatoria para el nacimiento de una nueva figura; al respecto ver a DE NOVA, Giorgio, Il tipo contrattuale, Cedam, Padova, 1974, p. 174. En este trabajo proponemos un camino análogo, aunque explicando la evolución del tipo contractual general.
- [7] STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 271 y ss.
- [8] CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976. Puede verse también en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>.
- [9] ALTERINI, Atilio A., La debilidad jurídica, inédito. Dicho aporte fue escrito para el Código Civil y Comercial comentado, que el homenajeado codirigió con Héctor Alegria. Ver también MOSSET ITURRASPE, Jorge, Justicia contractual, Ediar, Buenos Aires, 1978, y LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 13 y ss.
- [10] HERNÁNDEZ, Relación de consumo cit., ps. 386 y ss.
- [11] Fuera de las categorías de los contratos por adhesión y de consumo, actúa el art. 1068, que contiene una norma residual de clausura, por la cual se dispone que "Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". La norma sigue los criterios doctrinarios prevalecientes, y

traza diferencias entre los contratos onerosos y los gratuitos. En los primeros, la duda ha de conducir al "...sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". Se ratifica la regla de hermenéutica de equidad prevista en el art. 218, inc. 3º del Código de Comercio derogado, y que lleva a entender las cláusulas del contrato en atención a los intereses de ambas partes, según una razonable y equilibrada distribución, atendiendo a la existencia de un plan de prestaciones recíprocas. Es en los contratos discrecionales o paritarios gratuitos en donde sigue desplegándose el principio del favor debitoris, en cuanto allí "se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado".

- [12] HERNÁNDEZ, en LORENZETTI (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit., t. VI, p. 136.
- [13] Ídem, p. 414.
- [14] En STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 317 y ss.
- [15] NICOLAU, Noemí L., El Derecho Privado, las políticas públicas y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, en Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Universidad Nacional de Rosario, <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/view/17/31>.
- [16] Gabriel Stiglitz enuncia también los aportes concretados sobre la materia en las jurisdicciones locales (STIGLITZ y HERNÁNDEZ [dirs.], Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, p. 319). Ver también a SOZZO, C. Gonzalo, Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable), en http://www.aca-demia.edu/6485519/CONSUMO_DIGNO_Y_VERDE_HUMANIZACION%20Y_AMBIENTALIZACION_DEL_DERECHO_DEL_CONSUMIDOR.
- [17] Así, el art. 37, § 2 tipifica como abusiva a la publicidad que transgreda valores ambientales. Ver LIMA MARQUES, Cláudia, en LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio Herman V. y MIRAGEM, Bruno, Comentarios ao Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, ps. 537 y ss.
- [18] LORENZETTI, Ricardo L., Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. 2014-E-1243.
- [19] QUAGLIA, Marcelo C., El desequilibrio relacional del orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del consumidor, en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 271 y ss.
- [20] HERNÁNDEZ, Carlos A., El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2007-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 233.
- [21] AUBERT, Jean-Luc y COLLART DUTILLEUL, Francois, Le contrat. Droit des obligations, Dalloz, Paris, 2010, p. 81.
- [22] Ídem, p. 82.
- [23] MOSSET ITURRASPE, Jorge, La libertad de contratar y la libertad contractual, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 263, y STIGLITZ, Rubén S., Contratos civiles y comerciales. Parte general, 3ª ed. act. y ampl., Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. XXXIV.
- [24] El criterio finalista descripto es el que permite diferenciar a las normas de orden público de las imperativas. Éste parece ser el criterio que emerge del nuevo Código. Al respecto ver a STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit., t. V, ps. 559 y ss.
- [25] HERNÁNDEZ, Carlos A., Eficacia relativa y conexidad contractual, en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.),

Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. II, ps. 159 y ss.

- [26] La libertad de contratar y la libertad contractual cit., p. 261.
- [27] CATAUDELLA, I Contratti. Parte generale, Giappichelli, Torino, 2014, p. 15.
- [28] HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 594 y ss.
- [29] Las normas reguladoras de estas prácticas suelen ubicarse metodológicamente en oportunidad de regular la formación del contrato de consumo. Tal es el camino seguido por nuestro Código Civil y Comercial, donde -como ya se señalara- la cuestión aparece tratada en la Sección 1ª del Capítulo 2, destinado a regular la Formación del consentimiento, dentro del Título III del Libro Tercero. Sin embargo ello no autoriza a efectuar una interpretación restrictiva que limite a las restantes.
- [30] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prácticas abusivas en los contratos de consumo, en L. L. Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, del 25-2-2015, p. 237; AR/DOC/392/2015.
- [31] HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, en STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor cit., t. I, ps. 618 y ss.
- [32] HERNÁNDEZ, en LORENZETTI (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit., t. VI, ps. 470 y ss.
- [33] ESBORRAZ, David F. y HERNÁNDEZ, Carlos A., La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, en J. A. 1997-III-666 y ss.; CALDERÓN, Maximiliano Rafael y MÁRQUEZ, José Fernando, El arrepentimiento en el Derecho del Consumo, en L. L. 2009-C-742; DE LORENZO, F., Comentario al artículo 34 de la LDC, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, t. I, ps. 365 y ss.
- [34] HERNÁNDEZ, Carlos A., Compraventa de consumo, en LORENZETTI (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit., t. VI, ps. 462 y ss.
- [35] La problemática ya era enunciada por Ricardo Lorenzetti, quien refería a aquellos supuestos de contratos de consumo celebrados masivamente, involucrando grupos de consumidores, y generándose grupos de contratos conexos, como puede suceder en materia de círculos de ahorro, tiempos compartidos, medicina prepaga, tarjetas de crédito, etc. (Consumidores cit., ps. 142 y ss.).
- [36] Por tal razón hemos dicho que "Esta norma resulta más precisa que el artículo 4º de la Directiva europea 93/13, pues esta última sólo hace una referencia tangencial a la conexidad contractual cuando ordena tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. La cuestión no sorprende, desde que el nuevo Código se destaca por la cuidada tipificación de la categoría de la conexidad contractual, la disciplina de sus más importantes efectos, concernientes a las excepciones de incumplimiento, cumplimiento parcial, irritual o defectuoso, a la expansión de la ineficacia frente a la frustración de la finalidad económica común, junto con la recepción de una regla hermenéutica especial, que resulta de sumo interés para precisar sus consecuencias. Todas ellas superan las lagunas que existían en el régimen precedente, en orden a definir las relaciones entre el principio de relatividad y la conexidad contractual, que aquí se la pondera para reconocer una situación jurídica abusiva" (HERNÁNDEZ, en LORENZETTI [dir.], Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado cit., t. VI, ps. 308 y ss.).
- [37] El art. 2º, inc. i, de la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 establece que constituyen prácticas restrictivas de la competencia las que impliquen "Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien".
- [38] Al respecto, no debe olvidarse la evolución de la experiencia francesa. Se recuerda que la ley francesa

78/23 del 10-1-78 consagró un régimen de control preventivo a cargo del Consejo de Estado, el cual, previo dictamen de una Comisión ad hoc de cláusulas abusivas, pudiera "interdictar, limitar o reglamentar" las condiciones generales de contratación abusivas. Esa Comisión se encontraba integrada por quince miembros distribuidos de la siguiente manera: un magistrado por la orden judicial; dos magistrados de la orden judicial o administrativa o miembros del Consejo de Estado; tres representantes de la administración; tres jurisconsultos calificados en materia de Derecho o técnica de los contratos; tres representantes de las asociaciones representativas de los consumidores y tres representantes de los profesionales. Lo verdaderamente trascendente de dicho régimen radicaba en la circunstancia de no ceñirse al catálogo de cláusulas enunciadas, delegando su desestimación a la Comisión multisectorial referida, promoviendo de esta manera la negociación colectiva entre los diferentes sectores interesados. Ver ESBORRAZ, David F. y HERNÁNDEZ, Carlos A., La problemática de las cláusulas abusivas en el Estatuto argentino de defensa del consumidor, en Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas del Rosario (PUCA), Rosario, 1997, vol. I, ps. 82 y ss. La instrumentación de este sistema de control presentó algunos inconvenientes en la práctica que lo tornó insuficiente, por lo que la Corte de Casación consolidó la orientación de los tribunales inferiores al reconocer a los jueces ordinarios la facultad de calificar el carácter abusivo de una cláusula contractual, situación que hoy recepta el Code de la Consommation. Al respecto ver CHABAS, Francois, El régimen de cláusulas abusivas en Derecho francés, en Revista de Derecho Comparado, Nº 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 115.

- [39] Así, en la causa "Argañaraz, Hugo E. c/Alvarengo, José Daniel s/Daños y perjuicios", del 25-4-2013, pronunciado por la CCCom. de Mar del Plata, sala II, se sostuvo que "La invocación de una exclusión de cobertura es improcedente, si la aseguradora no entregó al tomador del seguro la póliza que incluyera las condiciones generales ni acompañó dicho instrumento al expediente, pues ello implica un incumplimiento del deber de información previsto en el art. 11 de la ley 11.418", y que "La entrega de las condiciones generales que ordena el art. 11 de la Ley de Seguros debe interpretarse como el cumplimiento del deber esencial de información al consumidor contenido en el art. 42 de la Constitución Nacional y en el art. 4º de la ley 24.240" (R. C. y S. 2013-IX-275).
- [40] Es evidente que ha sido una decisión del legislador tipificar ambos mecanismos de control. En los Fundamentos del Anteproyecto se afirma que "De conformidad con las pautas señaladas por la doctrina argentina, se definen criterios para el control judicial tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido".
- [41] STIGLITZ, Contratos civiles y comerciales. Parte General cit., t. I, p. 533; del mismo autor, Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, en R. C. y S. 2009-X-3 y ss.; STIGLITZ, Gabriel, La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación, en L. L. Supl. Código Civil y Comercial de la Nación 2014-138; HERNÁNDEZ, El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo cit., ps. 250 y ss.
- [42] La legislación brasileña ha sido influenciada por la legislación alemana sobre la materia, que, a su vez, ha constituido un valioso antecedente de la Directiva de la Comunidad Europea 93/13, del 5-4-93.
- [43] LIMA MARQUES, Cláudia, en BENJAMIN, A. H. V. y MIRAGEM, B., Comentarios ao Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 701.
- [44] Los Fundamentos del Anteproyecto reflejan claramente el criterio del legislador, en cuanto recuerdan que "los autores opinan que un listado de este tipo es útil, pero que debería estar en la legislación especial, como de hecho ocurre. Una primera razón es que pierden actualidad de modo muy rápido y, en tal caso, surge la necesidad de actualizar el listado, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. Una segunda cuestión es que el abuso de las cláusulas es un fenómeno sectorial, y son distintas las que se pueden observar en la medicina privada, en el turismo, en el crédito al consumo o la venta de automotores. Ello hace que la sede natural sea la legislación especial. Por ello es que hemos preferido un criterio general amplio, que sirva para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial".
- [45] NICOLAU, Noemí L.; HERNÁNDEZ, Carlos A.; FRUSTAGLI, Sandra A. y FRESNEDA SAIEG, Sandra,

Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual, en R. C. y S. 2000-243 y ss.

- [46] El contrato por adhesión en la doctrina, legislación y jurisprudencia, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, Año XXI (3ª época), Nº 98 a 99, Santa Fe, 1959, ps. 533 y ss.
- [47] Acerca del alcance de los estándares puede verse a LORENZETTI, Ricardo L., Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240, en L. L. 1994-C-918, y HERNÁNDEZ y ESBORRAZ, La problemática de las cláusulas abusivas en el Estatuto argentino de defensa del consumidor cit., ps. 96 y ss.
- [48] El art. 1157 de dicho Proyecto disponía que "En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica; 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito" (Proyecto de Código Civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 90). Más allá de la filiación reconocible de los estándares enunciados en el texto, la simple lectura del artículo transcrito demuestra los avances y cambios operados en nuestro régimen legal.
- [49] Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 49.
- [50] CNCom., sala B, 24-9-98, "P. Campanario SA c/Plan Óvalo SA de Ahorro para Fines Determinados", L. L. 1999-II-22.
- [51] CNCiv., sala F, 3-3-2011, "F. R., C. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", L. L. 2011-B-406 y ss., con nota de Rubén S. Stiglitz y María Fabiana Compiani.
- [52] CCCom. de Junín, 10-7-2014, en autos "F. S. S. P. L. F. c/L., P. A. y otros s/Cobro sumario sumas de dinero", L. L. B. A. 2014 (septiembre), p. 907.
- [53] Así, se dijo que "Debe tenerse por no convenida la cláusula inserta en una póliza de seguro de vida, que establece la falta de pago de la prima y produce la caducidad automática del seguro sin previo aviso al tomador o a los beneficiarios, desde que la apuntada disposición contiene una forma de renuncia o restricción de los derechos de aquéllos que conduce a desequilibrar la economía propia del contrato" (CNCom., sala C, 6-8-2010, "Gualco, Alba Clara y otro c/Provincia Seguros SA", L. L. 2011-A-23).
- [54] MÁRQUEZ, José Fernando y CALDERÓN, Maximiliano Rafael, Contratos por adhesión a condiciones generales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 2014-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 277.
- [55] SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, Trattato di Diritto Civile. Il contratto, Utet, Torino, 1993, t. 1, ps. 482 y ss.
- [56] ROCCA, Ival, Teoría de la "sorpresa" para la revisión del contrato, Bias, Buenos Aires, 1982.
- [57] Textualmente establecía que "la explotación se presume cuando el demandante pruebe algunos de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte..." Ver NICOLAU, HERNÁNDEZ, FRUSTAGLI y FRESNEDA SAIEG, Reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil de 1998 en materia contractual cit., ps. 243 y ss.
- [58] LORENZETTI, Consumidores cit., ps. 289 y ss.; REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 480, y STIGLITZ, Rubén, Contratos civiles y comerciales. Parte general, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 48.

-
- [59] HERNÁNDEZ, Carlos A., El principio de razonabilidad como manifestación del Derecho contractual de la postmodernidad, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, La contratación en el siglo XXI, Colección de Derecho Privado, El Derecho, Buenos Aires, 2008. En sentido concordante, Ariel C. Ariza sostiene que "Entendemos que por vía del criterio interpretativo de la buena fe [...] puede admitirse que los tribunales le otorguen a una cláusula contractual el sentido que personas razonables le hubiesen conferido a esa declaración en las mismas circunstancias" (Interpretación de los contratos, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 138 y ss.).
- [60] REZZÓNICO, Juan Carlos, Los principios fundamentales de los contratos, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 536.
- [61] En una posición concordante, Giovanni Criscuoli propone que "...la lectura de las normas relativas a la buena fe se concrete en clave de razonabilidad..." (Buona fede e ragionevolezza, en Rivista di Diritto Civile, 1984, Parte I, p. 754).

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.