

Título: *Imprevisión y protección del consumidor*

Autor: *Hernández, Carlos A.*

Publicado en: *RCCyC 2019 (octubre), 35 - RCyS2019-XI, 19*

Cita: *TR LALEY AR/DOC/2948/2019*

Sumario: I. Contornos actuales del derecho del consumidor.— II. El derecho de los contratos y el derecho del consumidor.— III. El reclamo de equilibrio del contrato de consumo.— IV. Límites propuestos al régimen de protección de cláusulas abusivas: la cuestión relativa al objeto del contrato. Debates en el derecho nacional y comparado.— V. Imprevisión y tutela del consumidor.— VI. A modo de conclusion.

(*)

I. Contornos actuales del derecho del consumidor

El tema que se habrá de considerar en este trabajo da cuenta de las relaciones existentes entre el derecho de los contratos y el derecho del consumidor.

En tal sentido, se destaca que el derecho del consumidor se presenta como una rama de la ciencia jurídica que implica un área de convergencia entre el derecho público y el derecho privado. Su finalidad reside en la eficaz concreción del principio de protección del consumidor, tanto de sus intereses individuales —patrimoniales y extrapatrimoniales— como colectivos. Para ese objetivo, cruza de modo transversal una variada gama de temas e instituciones de diferente origen, tales como los derechos personalísimos, la obligación, el contrato, la responsabilidad civil, el procedimiento administrativo, los servicios públicos privatizados, el proceso judicial, la biodiversidad y el ambiente, entre muchos otros. Tampoco prescinde de su impronta multidisciplinar, que obliga a comprenderlo en el contexto del mercado —en términos sociológicos y económicos— con su necesaria proyección regional e internacional.

Esta nueva disciplina —propia de la postmodernidad (1)— está signada por una complejidad estructural que condiciona la construcción de sus respuestas jurídicas, en concordancia con sus bases constitucionales y convencionales (2). Así recurre al "diálogo de fuentes", que supone la integración del sistema legal compuesto por derechos fundamentales, principios, reglas generales y legislación específica, en miras de aplicar la solución que materialice de la mejor manera posible el principio protectorio (3). Esta metodología encuentra base dogmática en el art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), y en el último párrafo del art. 1094 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), que afirma que "en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Por lo expuesto, el derecho del consumidor concierne a la protección de la persona en el mercado (4), lo que hace que este resulte signado por una agenda plural. Allí se constatan problemas de alcance global, como los derivados de la educación, la información y la seguridad; el acceso a la justicia —mediante acciones individuales y colectivas— y la solución de controversias; las exigencias de consumo sustentable; la protección frente al comercio electrónico; el resguardo de los datos personales; y el impacto de la economía colaborativa (5). También refiere a otros, con escala regional y local, como los de acceso al consumo, o los que resultan de situaciones de inestabilidad económica y social, que afectan la confianza y desquician las bases económicas de los contratos que celebran los consumidores.

A esta última cuestión se dedica este estudio.

II. El derecho de los contratos y el derecho del consumidor

II.1. Consideraciones generales

Las relaciones entre el derecho de los contratos y el derecho del consumidor son notables. Va de suyo que el punto de partida de ese vínculo reposa en el hecho de constituir el contrato la fuente principal de las relaciones de consumo.

En la versión original de la ley 24.240 ello aparecía de forma evidente. El art. 1° dedicado al ámbito de aplicación decía que "la presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas". Aunque nunca se negó la existencia de otras fuentes —como la publicidad, la oferta, los daños provenientes de los riesgos o de defectos del producto o servicio—, la regulación partía del contrato (6).

Con mayor precisión el Cód. Civ. y Com. comienza la regulación del tít. II del Libro III con la relación de consumo (art. 1093), y a continuación, tipifica al contrato de consumo (art. 1094) (7), junto a reglas especiales

concernientes a prácticas abusivas (arts. 1096 y ss.), información y publicidad (arts. 1100 y ss.), modalidades de formación (arts. 1104 y ss.), y cláusulas abusivas (arts. 1117 y ss.). Con ese entendimiento, la normativa reconoce al contrato de consumo como una categoría que tiene variantes de la figura captada por la "teoría general" (Libro III, tít. II), aunque admitiendo que el fraccionamiento no supone desgajarlo por completo de la teoría del contrato, en la medida que sus reglas no resulten incompatibles con el principio protectorio. Más aún, el concepto de "contrato" que suministra el art. 957 del Cód. Civ. y Com. tiene la suficiente amplitud para captar todas sus expresiones tipológicas al exigir que las partes deben acordar sobre relaciones jurídicas patrimoniales, ostentar intereses contrapuestos, y hacerlo en miras de satisfacer ciertos propósitos (8).

En esa inteligencia debe ser comprendida la proyección de una pluralidad de principios y reglas generales hacia los contratos de consumo.

No puede negarse que la autonomía de la voluntad tiene cierto cauce, como se acepta expresamente a través de la fijación de importantes límites al control de contenido de las cláusulas abusivas (art. 1121) (9).

En el mismo orden de ideas resulta incontrovertible la aplicación del art. 1004 del Cód. Civ. y Com., 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". Al respecto las restricciones que emergen de la dignidad de la persona humana (10) o de la biodiversidad y del ambiente (11), como expresiones del derecho de contratos constitucionalizado, cobran un especial interés en los contratos de consumo.

Sobre la causa final, elemento general sobre el cual ya no se duda como estructura esencial del contrato, el modo de acceso al negocio usualmente dificulta la ponderación de los motivos (arts. 281, párrafo final, y 1012), razón por la cual esta 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 por los contratantes.

Por tanto, y más allá de los efectos propios que se atribuyen a la categoría del contrato de consumo, no puede negarse su filiación a la "teoría general" del contrato, lo que reviste particular interés para acudir no solo a los principios aplicables a los contratos en general, tales como los buena fe (art. 961), orden público (art. 960), y tutela de la confianza (art. 1067), sino también a algunas de sus reglas generales, como las de suspensión del contrato (art. 1031), tutela preventiva (art. 1032), saneamiento (arts. 1033 y ss.), conexidad contractual (arts. 1073 y ss.), frustración del fin (art. 1090) e imprevisión (art. 1091), aunque bajo el prisma del principio protectorio.

II.2. Los aportes del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ALDC) (12) transita ese mismo camino aportando diferentes reglas que potencian el diálogo entre el régimen de los contratos de consumo y la "teoría general" del contrato emergente del Cód. Civ. y Com.

Así, el ALDC dedica uno de sus seis Títulos a la "Protección contractual del consumidor" (tít. II). En él se encuentran una pluralidad de normas que expresan que la protección del consumidor requiere con frecuencia el auxilio del derecho común. Por ejemplo:

a) Dispone que "las normas de este Título se integran y armonizan con las reglas y principios del Código Civil y Comercial, como así también con las leyes especiales que alcanzan a los contratos de consumo conforme el principio fundamental de protección del consumidor. En caso de conflicto de normas, se aplicará la que resulte más favorable para el consumidor".

b) Potencia las facultades judiciales reconocidas por el art. 960 del Cód. Civ. y Com., al disponer: "El juez deberá ponderar especialmente en las diferentes etapas del contrato de consumo y para su integración a los principios de respeto de la dignidad de la persona humana, buena fe, confianza, ejercicio regular de un derecho y orden público de protección, entre otros. En condiciones de hipervulnerabilidad del consumidor, cabe acentuar lo aquí previsto" (art. 37, ALDC).

c) Reconoce la integración en pluralidad de casos:

en materia de publicidad abusiva (art. 45, ALDC), con el art. 1101 del Cód. Civ. y Com.;

para los efectos de la resolución por incumplimiento del contrato de consumo (art. 50, inc. 3º, ALDC), remite a lo previsto en los arts. 1081, 1082 y 1083 del Cód. Civ. y Com.;

sobre los vicios ocultos y ruina en el ámbito inmobiliario establece: "La categoría de vicios de calidad por inadecuación comprende los vicios redhibitorios y los vicios ocultos en la adquisición de inmuebles. En estos

casos las reglas de esta ley se integrarán con las del régimen de saneamiento del Código Civil y Comercial, cuando así fuere necesario, las que deben ser armonizadas a partir del principio de protección del consumidor. La misma integración cabrá en materia de ruina de la construcción de inmuebles, en la medida que el vínculo constituya una relación de consumo" (art. 62, ALDC);

acerca de la conexidad contractual estatuye: "La conexidad descripta en el art. 1073 del Cód. Civ. y Com. y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejercer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él: 1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad; 2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos; 3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones" (art. 65, ALDC).

El simple recorrido de las normas proyectadas habla por sí mismo, y demuestra que la modernización de la "teoría general" del contrato por parte del Cód. Civ. y Com., ha contribuido a afianzar los derechos de los consumidores [\(13\)](#).

III. El reclamo de equilibrio del contrato de consumo

El Cód. Civ. y Com. admite que el contrato de consumo pueda ser el resultado de una negociación, y que esta pueda recaer sobre todo o parte de su clausulado, sin que ello incida sobre el principio protectorio. Al respecto, el art. 1118 dice que "las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor".

El sentido de la norma reside en el orden público económico de protección del que surge que "... en los derechos del consumidor la regla es la irrenunciabilidad, siendo nulas las cláusulas que importen restricción (renuncia parcial) o lisa y llanamente renuncia de sus derechos, y no solo los emergentes de la ley 24.240, sino todo derecho establecido por el ordenamiento a favor del consumidor, cualquiera sea su fuente" [\(14\)](#).

La CS ha dicho en autos "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BankBoston NA s/ sumarísimo" que "el principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que, con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional" (consid. 6°), y que "frente al orden público contractual que impera en la materia consumeril, las cláusulas abusivas no pueden ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarlas subsanadas por una suerte de consentimiento tácito del consumidor. Es más, deben tenérselas por no convenidas, lo que trae como consecuencia que ni siquiera la anuencia expresa pueda validarlas" (consid. 10) [\(15\)](#).

Así, el régimen de cláusulas abusivas intenta canalizar los reclamos de justicia conmutativa que se expresan con intensidad en el ámbito de los contratos de consumo, los que reconocen importantes antecedentes tanto en la tradición nacional cuanto en la comparada, que no se reseñan por las características de este trabajo [\(16\)](#).

IV. Límites propuestos al régimen de protección de cláusulas abusivas: la cuestión relativa al objeto del contrato. Debates en el derecho nacional y comparado

La fuerte protección dispensada al consumidor mediante el régimen de cláusulas abusivas tiene sin embargo excepciones, fundadas en la existencia indubitable del consentimiento del consumidor sobre el objeto del contrato, expresado habitualmente en el precio, que constituye un elemento esencial particular en buena parte de ellos. De lo contrario, se correría el riesgo de desnaturalizar la figura del contrato de consumo, negando su pertinencia al campo contractual.

La experiencia europea ha iniciado este camino, mediante el art. 4° de la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Allí, su art. 4.2. afirma: "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".

Sin embargo, la norma no ha merecido recepción por todos los Estados miembros de la Unión Europea, tal el caso de España, en donde la doctrina y la jurisprudencia discurre sobre si la Directiva es de mínimos, y si el silencio del legislador obedece a la decisión de aumentar los niveles de protección del consumidor. Al respecto,

Carrasco Perera afirma que "la distinción entre elementos esenciales —no sujetos a control— y elementos accesorios (formas de pago del precio, sistema de cálculo del precio, facultades de modificación unilateral) en la determinación del objeto del contrato, obliga a construir distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor ni del predisponerte" (17), agregando que "para los contratos con consumidores, la experiencia real vuelve a mostrar que los estándares especiales de los arts. 82 y ss. TRLGDCU no pueden llevar a resultados distintos de los que produciría el control de contenido a partir de las reglas generales del Código Civil" (18).

La situación entre nosotros presenta matices similares. Por de pronto, la LDC no contiene ninguna limitación al control de contenido, de modo similar a lo que efectúa el Código del Consumidor de Brasil. Pese a ello, calificada doctrina siempre ha sostenido que la fijación del precio en un contrato de consumo es atribuida al mercado, librado al juego de la oferta y la demanda, sin que ello suponga desconocer su control por vía del derecho público a través de la Ley de Defensa de la Competencia, y del derecho privado mediante el instituto de la lesión. Sobre esta última figura se afirma que no puede sostenerse que el consumidor tenga menos derechos que los reconocidos al contratante en general (19).

En cambio, el Cód. Civ. y Com. ha querido resolver expresamente la cuestión, a través del art. 1121 del Cód. Civ. y Com., 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...".

Es interesante precisar que la norma vigente no trata de corregir "un defecto de equivalencia entre el objeto del contrato y su precio, sino de eliminar las cláusulas que, aun pareciendo accesorias, son susceptibles de tener una incidencia importante sobre la ejecución del contrato" (20).

Con ese entendimiento, nuestra jurisprudencia, antes de su vigencia, había dejado fuera de la exclusión los casos en los cuales la fijación del precio quedara a la voluntad discrecional del proveedor (21).

También la doctrina ha evitado una exégesis rigurosa del texto del Cód. Civ. y Com. (22), y ha buscado delimitar adecuadamente el verdadero alcance de la exclusión, diferenciando los elementos esenciales de los accesorios (23). De modo concordante lo ha hecho la jurisprudencia. Por ejemplo, en un caso en donde se juzgaba la cláusula de un contrato de compraventa que fijaba la moneda de pago en dólares estadounidenses y ponía a cargo exclusivo del comprador los riesgos de la conversión y fluctuación, se dijo que "dicha prohibición tampoco es aplicable al caso, por cuanto se refiere a la relación precio/bien, propia del juego del libre mercado, mientras que en estudio no se encuentra debatido el precio, sino la cláusula accesoria que establece el modo de cumplimiento de la obligación, ante la imposibilidad de adquirir la moneda pactada" (24).

Entre los pactos accesorios al precio suele aparecer con frecuencia la renuncia a la imprevisión y a otras cláusulas generales. En el precedente antes citado se dijo que "la cláusula aludida sin lugar a dudas implica una restricción de derechos en detrimento del consumidor, ya que la transferencia de la totalidad de los riesgos de conversión de la moneda de pago, como de la fluctuación de su precio, así como la expresa renuncia a la teoría de la imprevisión o a invocar lesión enorme, constituyen una alteración del equilibrio contractual que no puede ser tolerada" (25). Aunque siempre mediaron discusiones en torno a la validez de estos pactos, su admisibilidad quedó generalmente ceñida al campo de los contratos paritarios (26), no así a los celebrados por adhesión ni menos aún a los de consumo (27).

V. Imprevisión y tutela del consumidor

V.1. El diálogo de fuentes: el principio protectorio frente al art. 1091 del Cód. Civ. y Com.

Los debates sobre el alcance del régimen de cláusulas abusivas frente al objeto del contrato permiten reconocer la importancia de los mecanismos revisores del derecho común.

En tal sentido, el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., titulado "Imprevisión", establece que "si en un contrato comutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia".

La norma transcripta vino a consolidar los lineamientos emergentes de la ley 17.711, tributarios de una extensa tradición jurídica de occidente (28) que, poco a poco, fue proyectándose sobre nuestra doctrina (29) y jurisprudencia (30).

Al igual que sucede en el derecho comparado, cabe interrogarse acerca de cuál ha de ser la perspectiva bajo

la cual debe ser considerada la imprevisión.

El Supremo Tribunal de Justicia español ha dicho que "en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula 'peligrosa' y de admisión 'cautelosa'", agregando que "...su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe" (31).

El debate sobre la manera bajo la cual debe ser entendida la figura, también ha estado presente entre nosotros (32) pero, más allá de reconocer o negar su excepcionalidad, es evidente que ha servido de fundamento para sustentar adecuaciones, especialmente, de contratantes a quienes es posible calificar como débiles o vulnerables, lo que ha quedado patentizado en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (33).

En esa dirección resulta elocuente el voto del doctor Lorenzetti en autos "Fecred SA c. Mazzei, Osvaldo D. y otro s/ ejecución hipotecaria", donde ponderando el alcance de la tutela del crédito contractual sostuvo "... que es admisible que dicha regla sea afectada por aplicación del orden público de protección de la parte débil. Es lo que ocurre cuando el contrato se vincula con derechos fundamentales inherentes al estatuto de protección de la persona, a los consumidores o a la vivienda familiar en los términos de las leyes 25.798 y 26.167, o existe abuso del derecho o frustración del fin del contrato. Este ha sido el fundamento por el cual esta Corte ha considerado constitucional una intervención legislativa que expresa la protección de partes vulnerables, lo que no existe en el presente caso" (34).

V.2. La imprevisión invocada por el proveedor y por el consumidor. Ámbito y requisitos

En orden al ámbito de aplicación del instituto, el art. 1091 capta a los contratos conmutativos y aleatorios, de ejecución diferida o continuada.

Es también requisito de procedencia que haya "una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes...". Aunque la citada norma no refiere en forma expresa al requisito de la imprevisibilidad, la exigencia surge de su propio acápite (35). Por lo demás, el hecho generador de la alteración extraordinaria debe ser necesariamente imprevisible, en tanto que de lo contrario integraría el riesgo asumido por la parte afectada al tiempo de contratar (36).

La jurisprudencia más reciente ratifica esta postura (37). Se exige también que provoque una excesiva onerosidad de la prestación a cargo del deudor, representada en un notable desequilibrio. La mora del deudor podrá ser obstáculo para su invocación, por imperio de lo dispuesto por el art. 1078, inc. c), salvo que la excesiva onerosidad hubiera ocurrido igual (38).

Sobre la base de similares premisas normativas, en el derecho comparado se ha dicho con acierto que, en general, los contratos de consumo tienden a producir sus efectos de modo instantáneo, ámbito en donde no cabe la aplicación de la imprevisión, al igual que "...la enorme asimetría de información entre el profesional y el consumidor obliga a endosar a aquel todos los riesgos del mercado sobrevenidos a la perfección del contrato" (39). Tampoco se duda, que las contingencias personales que pueda sufrir el consumidor, como fallecimientos de personas de su entorno familiar, pérdida de trabajo, etc., no caben en los recaudos de la imprevisión, aunque puedan dar lugar a otras respuestas jurídicas —como luego veremos— al referir al sobreendeudamiento.

Lo expresado podría llevar a pensar que el marco de actuación de la imprevisión aparece muy acotado en el campo de los contratos de consumo. Sin embargo, las profundas crisis económicas y sociales sufridas por nuestro país, lleva a pensar lo contrario, como lo demuestran las soluciones de emergencia y los precedentes de nuestro más Alto Tribunal citados en el punto anterior, entre muchos otros.

V.3. Sobre la previsibilidad y la confianza de los consumidores. El caso de los préstamos UVA

Acerca de la imprevisibilidad, el más polémico de los recaudos, la doctrina y la jurisprudencia la consideraron cumplida frente a los graves procesos inflacionarios de junio de 1975, febrero-abril de 1981 y mayo de 1989. Se juzgó que para ello era indispensable evaluarla en concreto, es decir, en atención a las cualidades subjetivas del contratante perjudicado, y prescindiendo de la opinión de expertos expresada en contraposición al plan de gobierno en curso (40). Esa misma línea sirvió para juzgar las normas de emergencia que atendían a la crisis económica de 2001 (41).

En dos supuestos fallados con posterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. la jurisprudencia consideró que no se hallaba configurado el requisito de la imprevisibilidad planteado por la actora (42). Los casos no referían a contratos de consumo, y por tanto, no fueron considerados con esa hermenéutica.

Por el contrario, en otros pronunciamientos de los últimos meses —alguno de los cuales tuvo impacto mediático— (43), sí se ingresó en el difícil problema de juzgar la previsibilidad del consumidor y la tutela de su confianza.

El primero de ellos fue dictado por el Juzgado Civil y Comercial N.º 6 de Mar del Plata, el 29 de abril de este año. El tribunal consideró, en el marco de una acción de revisión de contrato iniciada por varios afectados por préstamos con capital en "Unidades de Valor Adquisitivo" (UVA), una doble petición cautelar consistentes en la prohibición de la iniciación de procesos en su contra por parte del acreedor, y la suspensión de la ejecución del contrato.

Si bien la sentencia no acogió las medidas solicitadas, ordenó otra —en el marco de las facultades reconocidas al juez en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (44)—, que supuso para el Banco demandado —mientras se resuelva la pretensión principal— el ajuste de los préstamos tomados por los actores mediante el coeficiente UVA aplicando topes y readecuando las cuotas a vencer.

Para así decidir tuvo en cuenta que:

- a) El conflicto recae sobre un contrato del que resulta una típica relación de consumo.
- b) El índice UVA es una unidad que se actualiza diariamente a partir del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) basado en el índice de precios del consumidor del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDeC).
- c) Para la confianza del consumidor en la evolución de las variables económicas, debe tomarse en consideración el índice de "Relevamiento de Expectativas de Mercado" (REM) publicado por el Banco Central de la República Argentina (BCRA). Dicha medición tiene como propósito hacer "... un seguimiento sistemático de los principales pronósticos macroeconómicos de corto y mediano plazo sobre la evolución de la economía argentina y es generado a partir de una encuesta dirigida a analistas especializados locales y extranjeros", que contribuye a la "... política de transparencia en la comunicación, fundamental para todo banco central que sigue un mandato primordial de estabilidad de precios. La información que proporciona resulta de gran relevancia, no solo para las decisiones de política monetaria y económica, sino también para las decisiones de consumo e inversión, constituyéndose como un bien público al proveer a la comunidad la mejor información posible respecto de las estimaciones que realizan los especialistas sobre el comportamiento futuro de las principales variables económica" (45).
- d) Es razonable esperar que el consumidor busque en "...esa información oficial las expectativas que el Estado tiene para la inflación y el índice de precios y así podrá estimar las variables que se aplicarán a su deuda, máxime si la misma se actualiza mediante el índice UVA. En contrapartida, la entidad bancaria tomará dichos índices para estimar sus ganancias".

Sobre esa base fáctica y jurídica, la sentencia ponderó cada REM histórico, coincidente con las fechas en que los consumidores se endeudaron, para conocer las expectativas que tenían para la variación futura de su deuda y el encarecimiento de las cuotas.

Sin intentar hacer un balance definitivo del decisorio, el fallo debe valorarse positivamente, en cuanto las restricciones derivadas del ámbito cautelar no le impidieron atender al impacto del hecho sobrevenido por la creciente inflación, con base en las legítimas expectativas en las que confió el consumidor (46). Ciertamente ello no querrá decir que para la resolución definitiva de la pretensión revisora no deban analizarse otras variables, como las que resulta del valor del bien adquirido.

La respuesta judicial adoptada luce razonable desde que sin aceptar los excesos que podían derivarse de la concesión de la pretensión deducida, intenta construir una solución acorde a la evolución que podía esperar de su préstamo cada consumidor afectado (47). El criterio deja muy claramente en evidencia que se trata de una solución para un conflicto de consumo, con diferentes implicancias constitucionales —principio protectorio y tutela de la vivienda—.

El otro precedente, autos "Mobili, Ernesto y otros s/ amparo colectivo" (48), aunque también encuadrado en el ámbito de consumo a través de un amparo colectivo, alude a sucesos de imprevisión económica, pero no efectúa aportes directos o indirectos sobre la figura que aquí se considera. Sí enfatiza sobre la necesidad de brindar en estos supuestos de hecho especial protección al derecho humano de "tutela judicial efectiva" (49).

V.4. Imprevisión y sobreendeudamiento de los consumidores

La problemática del sobreendeudamiento de los consumidores constituye un tema presente en la agenda global (50), existiendo valiosos aportes doctrinarios a nivel nacional, como también a nivel comparado en donde se registran incluso avances legislativos (51).

La CS tuvo ocasión de referir a este fenómeno en el ya citado precedente "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra" (52). Allí, en el voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni se dijo que "la Constitución, al tutelar a los consumidores, obliga a sostener una interpretación coherente del principio protectorio, que en el caso se refiere, concretamente, al problema del 'sobreendeudamiento'. El sobreendeudamiento es la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles. En muchos países se han dictado leyes especiales destinadas a regular el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, que contemplan aquellos supuestos en los que el deudor está afectado por alguna circunstancia inesperada, tal como un cambio desfavorable en su salud, en su trabajo o en su contexto familiar que incide en su capacidad de pago. Por ello se autorizan medidas vinculadas con la intervención en el contrato, otorgando plazos de gracia, estableciendo una suerte de concurso civil, o bien promoviendo refinanciación a través de terceros".

Por esa razón el ALDC tipifica la figura afirmando que "el sobreendeudamiento del consumidor es la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el pago de bienes esenciales. El destinatario de la protección particular prevista en la presente ley es el consumidor persona humana" (art. 81). A partir de esa caracterización se regulan medidas de prevención (educación financiera —art. 83—; publicidad y transparencia —art. 85— (53); información precontractual y advertencia —arts. 86, 87 y 88—), y la exigencia de la provisión por las autoridades públicas de políticas sustanciales de saneamiento (art. 82). Aunque muchas de estas soluciones pueden inferirse del régimen vigente, la complejidad que presenta sobre el mercado hace pensar que el ALDC importaría un avance en el reconocimiento expreso de la figura (54).

En lo que concierne a este trabajo, se juzga que las herramientas generales del Cód. Civ. y Com. como la "imprevisión", pueden ser pensadas como mecanismos de saneamiento sustancial frente al sobreendeudamiento (55), más allá que su condicionamiento a requisitos o presupuestos estrictos pueden restarle potencialidad.

El gran escollo a este recurso, al que en abstracto puede acceder el consumidor, reposa en la exigencia de que el suceso sea extraordinario (56), dado que la imprevisibilidad generalmente podrá reconocerse. Héctor Masnatta enseñaba al respecto que "el acontecimiento debe ser extraordinario e imprevisible; ambos caracteres deben hallarse en concurso", y agregaba que "es extraordinario el que no es normal que se verifique y, especialmente, el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación, si obraran con 'cuidado y previsión'" (57).

Por esa razón se comparte que "la complejidad del sobreendeudamiento —por la condición de los sujetos involucrados, por la naturaleza de los bienes y derechos involucrados y por el impacto que ese endeudamiento excesivo provoca en el regular funcionamiento del mercado— impone la previsión de soluciones particulares. De allí que exista consenso respecto de que resulta inaceptable forzar la aplicación de correctivos diseñados en otros tiempos y para situaciones conflictivas diferentes" .

V.5. Imprevisión, consumidor e impacto tecnológico

La tecnología viene impactando desde hace muchas décadas sobre el campo jurídico (58). La revolución de Internet (59) —especialmente en sus nuevas manifestaciones— nos interpela sobre cuestiones de gran impacto, como la protección de la persona en el ciberespacio, el resguardo de su privacidad y de sus datos personales, la seguridad y la confianza depositada en el tráfico electrónico, la prueba electrónica, entre muchas otras.

Se trata de cuestiones que cruzan de modo transversal el mundo jurídico, y por esa razón impactan sobre el derecho del consumidor.

Excede al propósito de este estudio ingresar en sus diferentes alcances y proyecciones, por lo cual las reflexiones que siguen han de abocarse a cuestiones que se conectan con el eje en tratamiento.

En tal sentido, una de las figuras nuevas que emerge de la mano de la tecnología es el llamado smart contract o "contrato inteligente", que viene prestando utilidad en el campo de la banca (Fintech) y de los seguros (Insurtech). Se reconoce que la expresión ha sido acuñada en 1996 por el criptógrafo y jurista húngaro Nick Szabo, y "hace referencia a un acuerdo de voluntades entre partes, recogido de manera total o parcial en un programa informático y que ejecuta su contenido de manera automática y autónoma" (60).

Ese modo de entenderlo, ligado en gran medida a la tecnología emergente de la cadena de bloques, signadas por la automatización y despersonalización, hace temer que agraven las condiciones de vulnerabilidad de los consumidores (61).

Entre muchos problemas jurídicos que suscitan, emerge el de su rigidez frente a los cambios sobrevenidos debido a que, si lo pactado se ejecuta de forma automática y sin intervención de partes, bajo una secuencia informática programada, podría llegar a afirmarse la inaplicación de la imprevisión (62). Se ha dicho, sin

embargo, que existen mecanismos para sortear esos obstáculos, mediante las smart terms o "cláusulas inteligentes" (63). De todos modos, no puede negarse que esta propuesta supone salir de los efectos de un instituto legal, para ingresar en el campo de efectos accidentales, no siempre frecuentes en los contratos de consumo.

VI. A modo de conclusión

Las páginas que anteceden han buscado pasar revista a algunas aristas de la imprevisión en clave del principio protectorio y tutela de la confianza del consumidor.

Por ello, no se ha ingresado en una exégesis o tratamiento dogmático de la figura en su actual tipificación, sino individualizar los puntos de contacto que exhibe con el derecho del consumidor, poniendo el acento en la agenda global y en las proyecciones de la realidad económica y social de nuestro país que tanto interfieren en la contratación en general, y en la de consumo en particular.

(A) Profesor Titular Ordinario de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor (UNR). Profesor Titular Ordinario de Derecho de los Contratos -Parte General y Parte Especial- (UCA). Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Miembro de la Comisión de Reformas de la LDC.

(1) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)", ED, 159-1023.

(2) El fenómeno es concordante con el de "constitucionalización del Derecho Privado"; al respecto puede verse a LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995; y a RIVERA, Julio C., "La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en RIVERA, Julio C. (dir.) MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 1 y ss.

(3) STIGLITZ, Gabriel, "El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes", en STIGLITZ, Gabriel HERNÁNDEZ, Carlos A., Tratado de Derecho del Consumidor, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 257 y ss. En Derecho Comparado ver a LIMA MARQUES, Claudia, "Comentario artículo 1º", en LIMA MARQUES, Claudia BENJAMÍN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Pablo, 2006.

(4) DE LORENZO, Miguel Federico, "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", LA LEY 2011-E-1258.

(5) Gran parte de estos temas resultan abordados por las Directrices para la Protección del Consumidor. Naciones Unidas (versión 2015), Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, disponible en https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf.

(6) Probablemente ello se explique por tratarse de un texto legal situado dentro de las leyes de primera generación a nivel comparado, fuertemente ligadas al Derecho Privado.

(7) HERNÁNDEZ, Carlos A., "El 'contrato de consumo' en el contexto de la 'teoría general del contrato'. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)", JA 2016-I-1283.

(8) Ibidem.

(9) Además, debido a que el consentimiento en un contrato de consumo deriva de una asimetría negocial que puede ser económica, informativa o técnica, el refuerzo del período precontractual y de sus deberes respectivos se prevé en el régimen especial —art. 37, párrafo segundo de la LDC—, en consonancia con el general —arts. 991 y 992, Cód. Civ. y Com.—.

(10) El art. 54 del Cód. Civ. y Com. sobre actos peligrosos dispone: "No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias".

(11) También el art. 240 del Cód. Civ. y Com. estatuye: "El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

(12) Este se encuentra publicado en el suplemento especial del diario La Ley del 17 de diciembre de 2018, y ha sido elaborado por una Comisión integrada por HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo (coord.) STIGLITZ, Gabriel Alejandro BLANCO MUIÑO, Fernando D'ARCHIVIO, María Eugenia JAPAZE, María Belén LEPÍSCOPO, Leonardo Federico OSSOLA, Alejandro PICASSO, Sebastián SOZZO, Cósimo Gonzalo TAMBUSSI, Carlos Eduardo VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto WAJNTRAUB, Javier Hernán. También puede vérselo en la obra dirigida por SANTARELLI, Fulvio G. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro (dirs.), "Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019.

(13) En esa perspectiva la jurisprudencia ha dicho que "[s]urge indudable el fortalecimiento en el nuevo Código

Civil y Comercial del derecho del consumidor con su inclusión dentro del cuerpo normativo, considerándolo sujeto de derecho bajo el paradigma protectorio de la tutela de los débiles y siendo su fundamento constitucional la igualdad real"; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, "Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales SA s/ daños y perjuicios incumplimiento contractual exc. estado", 09/12/2015, RCyS 2016-VI-211.

(14) OSSOLA, Federico A., "Irrenunciabilidad de los derechos del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel HERNÁNDEZ, Carlos A., ob. cit., t. I, ps. 338 y ss.

(15) 14/03/2017, LA LEY 2017-B, ps. 389 y ss. Los fundamentos coinciden con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, su Sala Primera, en la sentencia del 6 de octubre de 2009 (C-40/2008), autos "Asturcom Telecomunicaciones SL y Cristina Rodríguez Nogueira", ha dicho que "para responder a la cuestión planteada, procede recordar en primer lugar que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas" (consid. 29), y que "habida cuenta de esta situación de inferioridad, el art. 6º, apart. 1º, de dicha Directiva prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas" (consid. 30); disponible en [http://www.cortearbitrajeicam.com/pdf/STJUE%202009%20\(Consumo\).pdf](http://www.cortearbitrajeicam.com/pdf/STJUE%202009%20(Consumo).pdf). Sobre esta cuestión puede consultarse con provecho a EBERS, Martín, "Obligaciones, contratos y protección del consumidor, en El Derecho de la Unión Europea y los Estados miembros, Biblioteca de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos, ARA Editores, Córdoba, Argentina, 2015, p. 143.

(16) Nos hemos ocupado in extenso en HERNÁNDEZ, Carlos A., "El desequilibrio en los contratos paritarios, predispuestos y de consumo", "Desequilibrio contractual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, ps. 250 y ss.

(17) CARRASCO PERERA, Ángel, "Derecho de los Contratos", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, ps. 780 y ss.

(18) Ibidem, ps. 782 y ss.

(19) PITA, Enrique, "Los avances de la doctrina en el tema de la lesión (la flexibilización de los presupuestos. La tutela de la situación de debilidad y del consumidor)", en "Desequilibrio contractual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, p. 138.

(20) GHESTIN, Jaques, "Le rétablissement de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives: enseignement du Droit français", citado por DELFORGE, Catherine, "El control de las cláusulas abusivas en el Derecho belga", RDC, p. 72.

(21) Así, en la causa "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires", fallada por la CCont. Adm. y Trib. CABA, sala II, 04/05/2004, se dijo que "resultaba abusiva en los términos del art. 37, incs. a y b de la ley,... la facultad unilateral de la denunciada de modificar el importe de la cuota, sin informar al consumidor con suficiente anticipación la cuantía del aumento".

(22) Por ejemplo, siguiendo a la doctrina europea hemos dicho "... que es razonable pensar que las restricciones a la aplicación de los criterios protectorios en materia de cláusulas abusivas no se apliquen al objeto o precio del contrato en la medida que aquélla resulte clara y comprensible para el consumidor"; ver HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), obra colectiva, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, ps. 311 y ss.

(23) También Rubén STIGLITZ ha sostenido que "... ello no significa que a los fines de la identificación de una cláusula abusiva, sea irrelevante el desequilibrio que resulte de la ecuación económica del intercambio pues, por ejemplo, en el marco de la directiva 93-13, CEE, constituye cláusula que puede ser declarada abusiva aquella que establezca que el precio de las mercancías se determine recién en el momento de su entrega u otorgue al vendedor o proveedor el derecho de aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato" (Anexo I, letra 1). Como se advierte en el ejemplo precedente, solo en ese caso la cláusula es vejatoria, pero el desequilibrio económico de la relación no constituye, por sí, un elemento definitorio o caracterizante de abuso contractual", en comentario al art. 1122 del Cód. Civ. y Com. HERRERA, Marisa CAMELO, Gustavo PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado, editorial", Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2016, ps. 518 y ss.

(24) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II, "G., A. del C. c. Archvil SA y otro s/ especiales (residual) (acción de consumo)", 28/12/2016, LA LEY 2017-C, p. 30. La cláusula textualmente decía: "Lugar de pago y moneda. La compradora deberá formalizar el pago del precio pactado bajo las siguientes modalidades o condiciones: a) El pago de cada una de las cuotas deberá realizarse en dólares

billetes estadounidenses en el domicilio del mencionado banco o en el que La Vendedora indique a La Compradora por medio fehaciente. b) Las partes manifiestan que conocen y aceptan los términos y alcances de la ley 25.561 y normas complementarias sobre la materia, ratificando que la presente operación se realiza en dólares estadounidenses billetes, única moneda con la cual se abonará y tendrá por cancelado el precio de esta venta. Son a exclusivo cargo de la compradora los riesgos de conversión de la moneda de pago, como así también la fluctuación de su precio ya sea en el mercado nacional e internacional, por lo que tales hechos no impedirán bajo ninguna circunstancia cumplir con las obligaciones asumidas en la presente compraventa, siendo estas independientes de la posibilidad de acceder al mercado de cambios o de la vigencia de la convertibilidad de la moneda de curso legal en la República Argentina. La compradora en su calidad de deudora renuncia por lo tanto a invocar cualquier imposibilidad de pago y reconoce que sus obligaciones de pago se mantendrán vigentes y exigibles hasta tanto la vendedora en su calidad de acreedora reciba la exacta cantidad de dólares billetes estadounidenses que corresponde ser abonada en virtud del presente contrato. En tal sentido las circunstancias que influyan en la libre convertibilidad o la fluctuación de su precio, no podrán ser consideradas como acontecimientos extraordinarios o imprevisibles en relación con los alcances del art. 1198 y concs. del Cód. Civil, cuya invocación renuncia desde ya la compradora, como así también renuncia a invocar lesión enorme (art. 954 del Cód. Civil). En caso de imposibilidad fáctica y/o jurídica no imputable a la compradora de obtener dólares estadounidenses billetes para cancelar las cuotas pactadas, los pagos podrán efectuarse en pesos (o la moneda de curso legal de la época) aplicándose una equivalencia para cada dólar igual a la cantidad de pesos (o la moneda de curso legal en la República Argentina) necesaria para que la vendedora pueda adquirir —a su elección— un dólar en el mercado cambiario de Nueva York o Montevideo libre de gastos, el día de cada pago o el día hábil cambiario inmediato anterior si este fuera inhábil. Se entenderá día hábil cambiario, el día en el que se encuentre abierto para operar el mercado cambiario de la ciudad de Nueva York, EE. UU."; *ibidem*, p. 29.

(25) *Ibidem*.

(26) Es lo resuelto en autos "Rzepnikowski, Lucía c. Victorio Podestá y Compañía SA y otros", CNCom., sala A, 22/07/2008 donde se dijo: "La índole y características de las cláusulas referenciadas autorizan a concluir en que los demandados previeron la posibilidad de una devaluación grave de la moneda nacional y asumieron, conscientemente, los riesgos de una probable fluctuación del precio de la moneda norteamericana en el mercado nacional e internacional. A la especificidad de las cláusulas señaladas debe agregarse que los contratos fueron firmados el 02/07/2001, cuando la situación económica de nuestro país ya generaba en la sociedad toda clase de serias preocupaciones, porque esa delicada situación ponía en peligro la continuidad del régimen de convertibilidad de la ley 23.928. No obstante ello, los demandados asumieron concretamente el riesgo de la variación del tipo de cambio; debiendo remarcarse que no se trata, en el caso, de contratos de adhesión con cláusulas generales y que, ninguna de las partes, alegó aquí que los contratos se suscribieron mediando causal de nulidad. En este marco, es que se ha dicho que la posibilidad de renuncia enunciada, sin lugar a dudas, configura una limitación a la teoría de la imprevisión y que, por lo tanto, es imprescindible poner especial cuidado en que tal renuncia sea pactada libremente por las partes, y no impuesta por el acreedor en contra de la voluntad del deudor, lo que viciaría el consentimiento de este último, implicando la anulación de la cláusula de renuncia" (conf. LORENZETTI, R. L., "La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1, p. 181). Ello, no se ha alegado en el caso, por lo que cabe concluir en la inexistencia de vicio de consentimiento, cita online: 70048798.

(27) Ver consid. 18 in fine del voto conjunto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en autos "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra", donde se dijo: "La cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión es, en este excepcional caso, inoponible, toda vez que se trata de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad"; CS, 15/03/2007, LA LEY 2007-B-415 (síntesis); in extenso en cita online: AR/JUR/145/2007.

(28) Ya en el período intermedio se hablaba ampliamente de la extinción del vínculo por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la reducción *ad aequitatem* en los contratos excesivamente onerosos y de la doctrina del "justo precio". Sin embargo, durante el siglo XIX se asistió a un claro retorno en cuanto a todos estos institutos que mediante diversas formas intentaban garantizar la equidad en las transacciones. Es evidente que los juristas decimonónicos olvidaron o limitaron esos mecanismos correctores en obsequio a una concepción del contrato inserta en el absoluto respeto a la autonomía de la voluntad y a la fuerza vinculante del acuerdo. En esa temporalidad se inscribió el Código de Vélez. GALLO, Paolo, "Revisione del contratto", *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Ed. Utet, Torino, 1998, t. XVII, ps. 432, 433 y ss.

(29) Así, el despacho del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en Córdoba en el año 1961, que aconsejó mediante la recomendación N.º 15 la incorporación al Código Civil de la llamada "teoría de la imprevisión". Entre los estudios y ensayos que constituyen verdaderos clásicos sobre la materia, puede verse a:

ALTERINI, Atilio A. LÓPEZ CABANA, Roberto, "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989; COSSIO, Carlos, "La teoría de la imprevisión", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Justicia contractual", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978; MOSSET ITURRASPE, Jorge PIEDECASAS, Miguel A., "La revisión del contrato", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; MORELLO, Augusto M. TRÓCCOLI, A., "La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente", Ed. LEP, La Plata, 1977; y RISOLÍA, Marco A., "Soberanía y Crisis del Contrato en Nuestra Legislación Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1945, ps. 131 y ss., entre muchas otras.

(30) En el mismo sentido se había pronunciado la jurisprudencia. Así la CS, antes de la reforma del 68' señaló que "... el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado a costa de sacrificios: pacta sunt servanda", agregando que "solo cuando se ha alterado la base del negocio jurídico y de ello deriva un perjuicio grave y esencial, esta doctrina propugna la intervención de los jueces para impedir que se consume una injusticia que hiere el sentimiento jurídico", "Oks Hermanos y Cía. SACIFA c. La Nación s/ cobro de pesos", 19/10/1966, Fallos: 266-72.

(31) Fallos: 333/2014, 30 de junio de 2014. Una consideración favorable de esta nueva mirada puede verse en DE LA CUESTA SÁENZ, José M., "La modificación del contrato por alteración de las circunstancias", en MUÑIZ ESPADA Esther (dir.), Derecho de las obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García, Ed. La Ley, Madrid, 2016, ps. 408 y ss.

(32) El despacho 2 de la Comisión N.º 3 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 20003) refleja claramente esa tensión: "2. a) El principio de la autonomía de la voluntad, que dimana de nuestra Constitución Nacional, y su consecuencia, la fuerza vinculante del contrato, continúan siendo los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, mientras se mantengan las circunstancias tenidas en vista al momento de contratar; b) El principio de la fuerza vinculante del contrato continúa siendo uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico. El contrato, acto de previsión por antonomasia, no puede —por regla— verse modificado, salvo disposiciones legales o convencionales que lo autoricen", disponible en <https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-23-XIX-Jornadas-2003.pdf>. Sobre el ámbito de posible aplicación restrictiva de la figura ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis ALTERINI, Jorge H. (dir.), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 780.

(33) Ver voto conjunto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en autos "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra", ob. cit.

(34) CS, 06/05/2008, ver consid. 12 del citado ministro; la negativa a beneficiar al deudor reposaba justamente en el hecho de que, "en este sentido, no puede considerarse parte débil a quien pidió un préstamo de U\$S 180.000, y compró un inmueble en Av. Del Libertador 6988/7000 esquina Guayra 1514/16/18/22, de la Ciudad de Buenos Aires, que posee una superficie total de 199,48 metros cuadrados, con más un porcentual de dominio sobre la cochera, dos espacios, guarda motocicletas, una baulera y el sector del edificio donde se encuentran el natatorio, el sauna, las duchas, los sanitarios, los vestuarios y la sala de juegos, además de la sala de máquinas y los ascensores (fs. 14). Por lo tanto, no necesita de protección especial alguna, pues aunque la hipoteca recae sobre un bien que es una vivienda única y familiar, el legislador no incluyó este supuesto dentro de las excepciones establecidas por las leyes 25.798 y 26.167"; LA LEY 2008-D-271, in extenso cita online: AR/JUR/1231/2008

(35) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Eficacia e ineficacia del contrato", en NICOLAU, Noemí L. -HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.) FRUSTAGLI, Sandra A. (coord.), Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 363 y ss.

(36) PIZARRO, Ramón D. VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. III, p. 111.

(37) Ver nota 42 de este trabajo.

(38) NICOLAU, Noemí, "Fundamentos de Derecho contractual", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 275.

(39) CARRASCO PERERA, Ángel, ob. cit. ps. 780 y ss.

(40) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Eficacia e ineficacia...", cit., ps. 361 y ss.

(41) En el voto conjunto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en la causa "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra", sobre el particular se dijo "en el caso ha ocurrido una circunstancia sobreviniente, extraordinaria e imprevisible, ya que esta calificación proviene de la propia legislación especial aplicable (ley 25.561), no cuestionada en este aspecto. Aun en ausencia de esa norma, el hecho no solo era imprevisible de acuerdo con el nivel de información que una persona razonable habría tenido al momento de contratar, sino que era inevitable frente a una diligencia normal. Por ello, la ganancia esperada y legítima de un negocio normal conforme al estándar de previsibilidad que existía al momento de celebrar el contrato, no tiene relación alguna con los efectos que ahora se discuten, que superan la conducta de las partes y provienen de los desequilibrios institucionales provocados por el propio Estado. En esas condiciones, el beneficio que una de las

partes podría obtener, no tendría otro fundamento que un riesgo que excede la economía de mercado y, por lo tanto, el previsible de un contrato" (consid. 18); ob. cit.

(42) A modo de ejemplo, puede verse a: "BWA SA c. Autopistas del Sol SA s/ ordinario", CNCom., sala D, 10/11/2015, cita online: AR/JUR/55363/2015. Allí se sostuvo que el carácter imprevisible del acontecimiento que vuelve excesivamente onerosa la prestación tiene relación directa con las posibilidades concretas para preverlas que tiene o que son exigibles al sujeto afectado cuando se trata de una persona especializada y actúa en el área de su especialidad; en el caso, una empresa de publicidad respecto de actos de vandalismo en refugios para pasajeros situados en una autopista; y "Poczter, Débora A. y otro c. Garmendia Demoronta, María Raquel s/ consignación de alquileres", 10/09/2018, CNCiv., sala B, cita online: AR/JUR/47080/2018. Aquí se consideró que si el contrato de locación estipulaba expresamente que cada canon debía abonarse en moneda extranjera, la consignación del monto adeudado efectuada en moneda nacional fue bien rechazada, pues la parte no pudo alegar lo imprevisible de la situación y el "contexto financiero-cambiario", bien conocido para él, por trabajar en una entidad financiera y porque tenía la posibilidad de invertir en bonos del gobierno en dólares, pagaderos en esa misma moneda, para así poder saldar correctamente la obligación pactada.

(43)

<https://www.lacapitalmdp.com/fallo-judicial-ordena-al-banco-provincia-ajustar-topes-y-cuotas-de-creditos-uva/?fbclid=IwAR3Px>

(44) El art. 204 del citado cuerpo legal dice que "el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger" (art. 204).

(45) https://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Relevamiento_Expectativas_de_Mercado.asp.

(46) WEINGARTEN, Celia, "La Confianza en el Sistema Jurídico Contratos y Derecho a Daños", Ed. Jurídicas de Cuyo, Santiago de Chile, 2002.

(47) En concreto se dispuso: "Teniendo en cuenta lo denunciado por la parte actora, la documental agregada con la demanda, la documentación agregada con la presentación de fecha 26/04/2019, el objeto de la presente cautelar y considerando el valor de la UVA al momento de cada contratación y los resultados del Relevamiento de Expectativas del Mercado (en especial las expectativas de inflación) emitidas por el BCRA al momento de la toma de cada préstamo, se ordena al Banco de la Provincia de Buenos Aires que ajuste los préstamos tomados por los actores mediante el coeficiente UVA aplicándose los siguientes topes y readecuando las cuotas a vencer, de la siguiente manera: A.— Sres. Dorcazberro y Ferreyra: Préstamo Hipotecario cuenta 6107-0568217/7 y Préstamo Personal Cuenta 4200-7727682/3: Deberá tomarse como tope de actualización de la UVA a partir del dictado de la siguiente resolución, el índice de Expectativa de Inflación Anual emitido por el BCRA en el REM del mes de septiembre de 2017, cuya proyección anual para los 12 meses subsiguientes fue de 16,9%. En consecuencia, la cuota deberá calcularse sobre el valor de la UVA al momento de la contratación (06/10/2017) de \$20,21 aplicándose el coeficiente anual antes establecido, acumulable en forma anual hasta el vencimiento de cada cuota, comenzando con la cuota del mes de abril de 2019. B. Sra. Adera: Préstamo Hipotecario sobre el inmueble sito en la calle Pringles 2143 de esta ciudad: Deberá tomarse como tope de actualización de la UVA a partir del dictado de la siguiente resolución, el índice de Expectativa de Inflación Anual emitido por el BCRA en el REM del mes de enero de 2018, cuya proyección anual para el año 2018 fue de 19,4%. En consecuencia, la cuota deberá calcularse sobre el valor de la UVA al momento de la contratación (15/02/2018) \$20,68 aplicándose el coeficiente anual antes establecido, acumulable, calculándose para el año 2019 un Índice de Expectativa de Inflación anual del 12% y para el año 2020 del 9,1% comenzando con la cuota del mes de abril de 2019. Si con posterioridad al 31/12/2020 no se hubiese resuelto la cuestión de fondo a plantearse en el proceso a iniciarse, se utilizará el índice de la expectativa de inflación correspondiente al año 2020 para los años sucesivos. C. Sra. Gioe: Contrato de préstamo bancario para la compra de automotores de fecha 14/11/2017: Deberá tomarse como tope de actualización de la UVA a partir del dictado de la siguiente resolución, el índice de Expectativa de Inflación Anual emitido por el BCRA en el REM del mes de octubre de 2017, cuya proyección anual para los 12 meses subsiguientes fue de 17,3%. En consecuencia, la cuota deberá calcularse sobre el valor de la UVA al momento de la contratación (14/11/2017) de \$20,68 aplicándose el coeficiente anual antes establecido, acumulable hasta el vencimiento de cada cuota, comenzando con la cuota del mes de abril de 2019".

(48) Juzgado Civil, Comercial, Minería, de Familia y Sucesiones N.º 31, Choele Choel; 21 de mayo de 2019, cita online: AR/JUR/11868/2019.

(49) Al respecto se dice que "No desconoce esta magistrada el inicio por ante el cautelarmente la suspensión de todo incremento desde el 01/04/2018, retrotrayendo a esa fecha los importes abonados a mi cargo, de procesos de ejecuciones prendarias y secuestros prendarios, que naturalmente podrían ser enmarcadas dentro de los derechos que por el presente se pretenden proteger. Lo antes dicho sumado a la relevancia social del reclamo, a lo novedoso y a la magnitud del mismo, como así también a su complejidad, hace necesario poner énfasis en el rol judicial y proceder a tomar medidas idóneas, eficaces, útiles y efectivas a fin de su salvaguarda y proveer

tutela judicial efectiva peticionada por los consumidores-damnificados".

(50) Así, las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor. Naciones Unidas tipifican el principio de "préstamo responsable", al decir que "la actuación responsable de los proveedores de servicios financieros y sus agentes autorizados, en particular en lo que respecta a la concesión responsable de préstamos y la venta de productos que se ajusten a las necesidades y los medios del consumidor" (V.J.f)

(51) En el derecho comparado pueden consultarse, entre otros a: ALPA, Guido, "Introduzione al diritto dei consumatori", Editori Laterza, Bari, 2ª ed., ps. 124 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, "El sobreendeudamiento y la protección del consumidor de crédito", en LORENZETTI, Ricardo LIMA MARQUES, Claudia, Contratos de servicios a los consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 389 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, "Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul", en LIMA MARQUES, Claudia LUNARDELLI CAVALLAZI, Rosángela (coord.), Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2006, p. 258; TRUJILLO DÍEZ, Iván J., "El sobreendeudamiento de los consumidores", consultado en http://www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf fecha de último acceso 01/03/2010, ps. 2 y ss. En el derecho nacional son de provecho los estudios de: ALEGRIA, Héctor, "Los llamados 'pequeños concursos'. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY 2005-E-1353; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El 'sobreendeudamiento' del consumidor y la respuesta del legislador francés", Acad. Nac. de Derecho, 2008 (junio); JAPAZE, Belén, "La protección del consumidor frente al sobreendeudamiento", en PICASSO, Sebastián VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 740 y ss.; "Sobreendeudamiento del Consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento", Ed. Bibliotex, Córdoba, 2017; RIVERA, Julio C., "Insolvencia de las personas físicas (en particular de los 'consumidores)", DCCyE 2010 (noviembre), p. 3; HERNÁNDEZ, Carlos FRUSTAGLI, Sandra, "Consideraciones acerca de los instrumentos de prevención del sobreendeudamiento de los consumidores", en GEBHARDT, Marcelo (coord.) -FARHI, Diana, Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, t. I, p. 743; SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián I., "La financiación del consumo y el sobreendeudamiento", RDCO 295-421.

(52) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra", 15/03/2007, LA LEY 2007-B, 415 Sup. Esp. Pesificación de Créditos Hipotecarios 2007 (marzo), 62, AR/JUR/145/2007.

(53) En general, se ha dicho que en el ámbito financiero y crediticio adquiere un rol relevante e imprescindible la exigencia de "transparencia"; ver HEREDIA, Pablo, "La información precontractual bancaria", RCCyC 2016 (diciembre), ps. 37 y ss.

(54) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Estado actual del Derecho del Consumidor. A 25 años de la vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor", en Cien Años de Jurisprudencia Argentina, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 7 de noviembre de 2018, p. 100.

(55) FRUSTAGLI, Sandra A. HERNÁNDEZ, Carlos A., "Sobreendeudamiento del consumidor", LA LEY 2013-E-1160.

(56) Se sostiene que "permitir la revisión del contrato, en los supuestos de la excesiva onerosidad de la prestación, no conlleva de modo alguno una vulneración del pacta sunt servanda, pues si bien existe un riesgo al contratar, ese riesgo debe ser el que normal y razonablemente esperaría un contratante prudente y diligente; sin embargo, si a causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (devaluación de la moneda, inflación, guerras mundiales, desastres naturales, etc.) las circunstancias contractuales se alteran, tornando excesivamente onerosa una de las prestaciones, es justo que el contrato sea revisado excepcionalmente por las partes"; SOTO COAGUILA, Carlos A., "El pacta sunt servanda y la revisión del contrato", en "Desequilibrio contractual", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, ps. 211 y ss.; ver también a PIZARRO, Ramón D. VALLESPINOS, Carlos G, ob. cit., p. 111.

(57) MASNATTA, Héctor, "La excesiva onerosidad sobreviviente y el contrato", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. JAPAZE, Belén, "Sobreendeudamiento del Consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento", Ed. Bibliotex, Tucumán, 2017, ps. 135-136.

(58) DIEZ-PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)", Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.

(59) Se afirma que "el auge de internet nos proporciona una muestra de lo que está por llegar. El ciberespacio es hoy en día crucial en nuestra vida cotidiana, nuestra economía y nuestra seguridad...", y que "... en consecuencia, gobiernos y ONG llevan a cabo intensos debates sobre la conveniencia de reestructurar internet, pero es mucho más difícil cambiar un sistema existente que intervenir en sus comienzos. Además, para cuando la engorrosa burocracia gubernamental se decida a actuar en la ciberregulación, internet habrá mutado diez

veces. La tortuga gubernamental no puede seguir el ritmo de la liebre tecnológica...", HARARI, Yuval Noah, "Homo Deus. Breve historia del mañana", Ed. Debate, 2016, p. 407.

(60) PISANO DÍAZ, José, "Aproximación a la contratación inteligente: usos, retos y algunos aspectos legales", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital, Ed. Comares, Granada, 2019, p. 491.

(61) Ibidem, p. 497.

(62) VEGA VEGA, José A., "Instrumentos electrónicos de pago y smart contracts", en BUENO DE MATA, Federico (dir.) GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), ob. cit., p. 525.

(63) PISANO DÍAZ, José, ob. cit., p. 496.