

La fragmentación de la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012

The fragmentation of the general theory of contract in the Draft Civil and Commercial Code of the Argentine Republic of March 2012

*Carlos de Cores**

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay,
<cdecores@ucu.edu.uy>

RESUMEN. Este trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre la actual teoría general de los contratos, a partir de los cambios que se han producido en este instituto jurídico en los últimos años. Analiza en particular —tomando como *leit motiv* el Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino— la tendencia a unificar los contratos, a priorizar una actitud que bien puede llamarse *constitucionalista* por parte de los jueces a la hora de aplicar la ley, la remisión a las fuentes del derecho, etc.

PALABRAS CLAVE. Contratos. Anteproyecto del Código Civil y Comercial Argentino. Constitucionalización del derecho privado. Fuentes del derecho. Interpretación del derecho. Negocio jurídico. Contrato de adhesión. Contrato de consumo.

* Abogado, director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

ABSTRACT. This work is part of a broader investigation into the current general theory of contracts, from the changes that have occurred in this legal Institute in recent years. It analyzes in particular – taking as leiv motiv the preliminary draft of the code *Civil y Comercial Argentino* – the tendency to unify the contracts, to prioritize an attitude that well can be called a “Constitutionalist” by the judges in applying the law, the reference to the sources of the law, etc.

KEYWORDS. Contracts. Preliminary draft of the code Civil and Comercial Argentino. Constitutionalization of private law. Sources of law. Interpretation of law. Legal business. Contract of adhesion. Consumer contract.

1. INTRODUCCIÓN

Por decreto presidencial 191/2011, se creó en la República Argentina una comisión con la finalidad de redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Dicha Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luis LORENZETTI, Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, entregó su trabajo en marzo de 2012. Este Anteproyecto de reforma del Código Civil argentino, que unifica los códigos Civil y Comercial, plantea un gran número de novedades en todo su ámbito material, tanto en el derecho patrimonial como en el derecho de familia y de sucesiones.

El aspecto que nos interesa analizar puntualmente aquí es la forma en la cual los autores han encarado los problemas actuales más relevantes del derecho contractual, que se entretajan en la *segunda crisis* de la idea de contrato. En efecto, es posible identificar una primera crisis, pauta por el proceso de socialización del contrato, que se desarrolla hasta mediados del siglo XX, y una segunda crisis, en la etapa final del siglo XX, provocada fundamentalmente por la irrupción de la legislación sobre relaciones de consumo, de tal intensidad que habría afectado estructuralmente el edificio de la teoría general del contrato.¹ En ese sentido, nuestro centro de interés es, en especial, el modo según el cual esta propuesta de Anteproyecto legislativo trata el tema de la categoría general del contrato, tanto en cuanto a su ubicación sistemática en el Anteproyecto de código como en el contenido de la temática que pretende disciplinar.

El referido Anteproyecto constituye un excelente caso de estudio para observar el fenómeno aludido, ya que la Comisión ha encarado los problemas de las fuentes del derecho privado, de la relación entre la Constitución, la ley y el juez, de la vinculación entre la disciplina general del contrato, la disciplina de los supuestos contractuales especiales y la de los

¹ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Iñigo NAVARRO MENDIZÁBAL y María del Pino ACOSTA MÉRIDA, *Derecho del consumo*, Madrid: Cálamo, Manuales Básicos, 2005, p. 35.

diversos microsistemas o subsistemas normativos que inciden en las relaciones reguladas por el derecho privado, y particularmente entre la ley de relaciones de consumo y la estructura de la parte del Código relativa al contrato en general; problemas todos ellos que constituyen el núcleo de la segunda crisis del contrato y de la problemática actual del derecho contractual. Esta investigación permitirá verificar cómo la crisis del contrato ha impactado en la concepción del contrato que responde a la idea clásica de la teoría liberal, así como en la teoría general del contrato y en la parte del Código Civil relativa a los contratos en general.

En esa línea, la elección del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como objeto de estudio no es antojadiza, ya que todas estas cuestiones han sido cuidadosamente analizadas por sus autores, no como resultado de un interés artificialmente agregado a lo que constituye el Anteproyecto, sino como punto de partida para opciones concretas de política y técnica legislativa. En efecto, como surge del documento titulado *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* —que reviste gran trascendencia, no solo por su extensión de más de trescientas páginas, sino por las propias manifestaciones de los miembros de la Comisión, que expresan que en dicha pieza se contiene tanto el método como los principios que inspiran el trabajo—,² los referidos problemas son planteados con la finalidad de dejar sentados los puntos de vista de la Comisión, como fundamento de las opciones concretas efectuadas por los autores en el diseño de la disciplina contractual.

En consecuencia, teniendo en cuenta el prestigio intelectual y académico de los miembros de la Comisión y la absoluta novedad que presenta el Anteproyecto, el tratamiento dado a los problemas indicados, así como la formulación normativa concreta que de ella se deriva, presentan indudable interés para dar cuenta sucinta del estado actual del arte en relación con la teoría general del contrato.

2.

LA CUESTIÓN DE LAS FUENTES. CONSTITUCIÓN, LEY GENERAL, LEY ESPECIAL Y ROL DEL MAGISTRADO

Entre los aspectos valorativos que se encuentran presentes en el Anteproyecto, interesa señalar en primer lugar que este reconoce lo que se ha denominado *proceso de*

² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 1.

constitucionalización del derecho privado. La importancia que la Comisión asigna a este proceso queda en evidencia en que se hace referencia a él antes que ninguna otra consideración.³

Este proceso se caracteriza por la mayor incidencia de la parte dogmática de los tratados internacionales y de las constituciones en el derecho privado.⁴ En efecto, en el documento sobre los fundamentos se afirma claramente que el Anteproyecto ha tomado en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el *bloque de constitucionalidad*, y admite como punto de partida la constitucionalización del derecho privado, con la explícita intención de reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Ahora bien: la cuestión de la constitucionalización del derecho privado pasa a ser instrumentada en el Anteproyecto como parte de un problema previo, que es el de las fuentes del derecho privado.

La cuestión de las fuentes del derecho nunca ha tenido la misma significación en Europa que en América Latina, donde la codificación implicó —en general— una simplificación y unificación del sistema de fuentes preexistente, propio del derecho colonial. Por cierto, en Europa el proceso de codificación intentaba el mismo resultado, pero la proliferación de derechos locales y la resistencia de estos frente a la codificación determinaron la subsistencia —junto con los códigos civiles— de numerosas legislaciones forales y locales que han mantenido la cuestión de las fuentes en primer plano, lo que no ocurriría así —en general— en la experiencia latinoamericana.

Sin embargo, tanto en Europa como en América Latina, el proceso de crisis sufrido por el derecho privado, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, obliga a considerar el problema de las fuentes del derecho en una nueva perspectiva. En la descriptiva expresión de IRTI, la segunda mitad del siglo XX ha sido “la edad de la descodificación”.⁵ La proliferación de subsistemas y microsistemas normativos con vocación de regulación de aspectos de la vida cotidiana que antes estuvieron regidos por el Código Civil (derecho del trabajo, derecho de los arrendamientos urbanos y rurales, leyes sobre adquisición de la propiedad inmueble y particularmente de la propiedad horizontal, regulación administrativa de la actividad privada en materia financiera y de seguros, de servicios públicos, de servicios de salud, y especialmente el derecho de las relaciones de consumo) replantea el problema de las fuentes en una nueva significación: la de la aplicación coordinada de las normas del Código Civil —que

³ *Ibidem*, p. 4.

⁴ Véase por todos Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Nápoles: ESI, 2006.

⁵ Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1999.

mantiene su configuración de normativa general— con las normas sectoriales. Presentar, pues, en primer lugar la cuestión de las fuentes parece a todas luces acertado, porque constituye el primer problema a resolver desde el punto de vista lógico y metodológico.

La Comisión manifiesta haber destinado un importante esfuerzo a lograr la mayor coherencia posible del Código con otras normas ya existentes en el sistema.⁶ El Código, por tanto, no es concebido aisladamente, sino en un marco o contexto en el que se encuentran presentes otros subsistemas y/o microsistemas normativos autosuficientes, respecto de los cuales es necesario establecer las relaciones, y la pretensión de comenzar por la fundación de bases sólidas y explícitas en esta materia debe ser saludada como metodológicamente acertada.

Este es uno de los aspectos más positivos del Anteproyecto que intentamos poner de relieve: la explicitación de la función del Código Civil —y en particular de su título preliminar— en el sistema general de fuentes del derecho privado, que comprende, por una parte, la Constitución y los tratados internacionales en lo que hace al “bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, y por otra parte los “microsistemas normativos especiales”.⁷

3.

LA CUESTIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR Y EL SISTEMA DE FUENTES

En la época de la codificación, los títulos preliminares de los códigos actuaron como verdaderas constituciones civiles, proyectando sus normas más allá del propio Código Civil, lo que permitió a CARBONNIER referirse al Code Napoléon como “la constitución civil de los franceses”.⁸

Con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que ha dicho que “[...] la regla de interpretación prevista en el artículo 16 del Código Civil excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (*Fallos*, 312:957), se afirma en los *Fundamentos* que —sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código— las normas del

⁶ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁸ Jean CARBONNIER, “Le code civil”, en Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, *La Nation*, París: Gallimard, 1986, p. 309. Contra: Rémy CABRILLAC, “Le code civil est-il la véritable constitution civile de la France?”, en *Revue Juridique Thémis (RJT)*, vol. 39, 2005, pp. 245 y 250 ss.

título preliminar, sobre todo las que refieren a la interpretación, tienen un efecto expansivo indudable. Tradicionalmente, el título preliminar de los códigos civiles ha sido considerado para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación.⁹

Más allá de matices y gradaciones, la conclusión unánime de la doctrina en el derecho comparado es que la proliferación de los subsistemas y/o microsistemas normativos, y en particular la legislación de relaciones de consumo, han afectado la estructura del derecho privado implicando la idea de la descodificación, lo que significa que, en la compleja sociedad posmoderna, las relaciones propias de la vida cotidiana han pasado a ser reguladas no ya exclusivamente por un único código civil, sino además por una pluralidad de normativas de sector. La Comisión concuerda con esta conclusión de la doctrina respecto a la actual coyuntura del derecho privado, lo que según ella constituye un fenómeno incontrastable, y justifica el hecho de que algunos códigos, como el brasileño, no contengan un título preliminar.

No obstante estas consideraciones, la Comisión ha decidido incluir un título preliminar, cuyo estudio nos interesa especialmente ya que en él se plantean las grandes líneas orientadoras —dirigidas fundamentalmente al juez— sobre la interpretación y sobre su presupuesto, la cuestión de las fuentes. Señala en ese sentido la Comisión que “es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores”, aportando guías para que los operadores puedan adoptar decisiones “en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes”.¹⁰

La cuestión de las fuentes es una típica cuestión que surge del derecho contractual posmoderno como consecuencia de la crisis de la doctrina general del contrato, que ostentaba un sistema monista de fuentes. Resulta insoslayable el término *diálogo de fuentes*, acuñado por el maestro de Heidelberg Erik JAYME y desarrollado en América Latina por la jurista brasileña Cláudia LIMA MARQUES, característica del nuevo sistema de derecho privado, lo que le confiere particular complejidad.¹¹

Es en ese contexto que la Comisión se aboca a poner orden en el sistema de fuentes. Si bien, según la Comisión,

⁹ Señala el documento de *Fundamentos* que el Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos sobre las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 12.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 10.

¹¹ Cláudia LIMA MARQUES, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

[...] la regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa, en el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo reglas para la decisión judicial, en un sistema de fuentes plural, en el que es menester considerar la aplicación conjunta, dialógica, de la parte general y especial del código civil, de la Constitución y de las normativas sectoriales, subsistemas o micro sistemas.¹²

En efecto, desde el punto de vista formal, en la visión kelseniana, el Código Civil es una ley subordinada a la Constitución, una ley más, que puede ser derogada por cualquier ley posterior. Sin embargo, desde el punto de vista hermenéutico, constituye el *derecho común*, con lo que se despega del nivel de la ley ordinaria; afirmación predicable en grado sumo respecto de su título preliminar, que funciona como una especie de *manual del usuario* de la ley en general y del propio resto del Código.¹³

Sin embargo, la Comisión expresa que la erección de un título preliminar del Código Civil que estructure el sistema de fuentes debe ser respetuosa de los subsistemas o microsistemas normativos existentes, es decir, que se ha tratado de no modificarlos, excepto si ello fuera absolutamente necesario. Encontramos aquí un verdadero giro copernicano, que en lugar de un sistema unitario supone un sistema normativo complejo integrado por pluralidad de cuerpos; lo que lleva a la distinción que hace la Comisión entre *derecho y ley*, el primero como representación del conjunto de normas constituido por el conjunto de fuentes, y el segundo como concepto que denota un solo tipo de fuente.

Según la Comisión, no es concebible un sistema de fuentes monista, por lo que la identificación entre derecho y ley “no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”.

El problema de las fuentes del derecho privado resulta así planteado en forma frontal, y el título preliminar es incorporado con la explícita pretensión de ordenar el trabajo del juez en un sistema de fuentes complejo. De este modo, el Código Civil, que había sido desterrado a la periferia del sistema por el proceso de “descodificación”, aun teniendo en cuenta la presencia de la Constitución y de los demás subsistemas, recupera su centralidad como *tablero de control* del sistema de fuentes.¹⁴

¹² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 11.

¹³ Pueden mencionarse en este sentido las disposiciones preliminares del Code Civil de Quebec de 1994, que muestran claramente cómo el Código Civil se entrelaza con otros sistemas normativos: “*Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens*”.

¹⁴ Se hace nuevamente referencia a esta recuperación de la centralidad en relación con la legislación de consumo, donde queda pautado un régimen que abrevia en tres fuentes: la Constitución nacional, los principios de protección del

Establecida esta descripción de la trascendencia del título preliminar, que será servir de orientación al magistrado en un sistema complejo de fuentes, el punto que nos parece de mayor interés es el papel que la Comisión atribuye, en primer lugar, a la ley. Esta alusión a la ley como fuente normativa formal resulta muy significativa, puesto que, como se expresó al inicio, la Comisión había comenzado por aludir al proceso de constitucionalización del derecho privado, denotando la conciencia del papel central que desempeña la Constitución, sus reglas y sus principios, en el actual derecho privado; lo que podría haber llevado a los autores del Anteproyecto a comenzar la pauta de empleo del sistema de fuentes con una alusión a la Constitución, e incluso con un reconocimiento de la pertinencia de su aplicación directa a las relaciones contractuales, la *Drittwirkung*, que es una de las teorías emblemáticas del moderno constitucionalismo.

Esta corriente, basada en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y originada en la década del cincuenta, sostiene que los principios generales de rango constitucional vinculan a los tribunales como derecho de vigencia inmediata,¹⁵ lo que plantea el trasiego de los principios constitucionales, desde el ámbito del derecho público —donde aparecen como garantías de la persona frente al poder del Estado— hacia el ámbito del derecho privado. Ello parte de la comprobación de que en la esfera de las relaciones privadas pueden existir sujetos dotados de un poder avasallador tanto o más perjudicial que el del Estado y, a su vez, sujetos débiles, dignos de protección, tanto como el ciudadano frente a la organización política. Ello determina la aplicación o eficacia directa de los derechos fundamentales, amparando a los particulares perjudicados en sus derechos fundamentales por otros particulares, es decir, en relaciones de derecho privado, lo que recibe la denominación de *Drittwirkung der Grundrechte*. Esta doctrina se ha extendido también a otros países europeos y latinoamericanos, y se viabiliza por medio de acciones de amparo constitucional o en casos excepcionales.¹⁶

Ahora bien, la Comisión, aun reconociendo el primado de la Constitución, al plasmar la normativa operativa del sistema de fuentes menciona en primer lugar no a la Constitución, sino a la Ley. El fundamento que da la Comisión es que “de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta

consumidor, regulados en la parte general del derecho de los contratos en el Código Civil, que establece mínimos de tutela, y la legislación especial de consumo.

¹⁵ Karl LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado y EDERSA, 1978, p. 100.

¹⁶ Santiago CARNELLI y Óscar SARLO, “El principio de igualdad y la contratación del código civil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. XXXI, pp. 597 ss.

una decisión ‘contra legem’ que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción”.¹⁷

Teniendo en cuenta la dura discusión instalada en la doctrina respecto del papel que cabe a la Constitución en la regulación de las relaciones privadas,¹⁸ esta referencia al papel central de la ley en el sistema de fuentes, así como al método subsuntivo y silogístico, resulta sumamente elocuente.

La subsunción en su concepción más radical constituye la modalidad del juez liberal de la codificación, que actuaba, al decir de MONTESQUIEU, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, con lo que la aplicación del derecho quedaba reducida a la subsunción, es decir, a la organización silogística del supuesto normativo como premisa mayor, del supuesto de hecho como premisa menor y de la sentencia como conclusión.

La ponderación, en cambio, es la típica forma en que actúa el juez en presencia de normas constitucionales, las cuales generalmente configuran principios que se oponen a otros principios, y los casos deben ser resueltos mediante un trabajo de ponderación, es decir, de consideración relativa de unos principios sobre otros.

La consideración que efectúa la Comisión sobre la subsunción tiene particular significación si se tiene en cuenta que uno de los lemas del constitucionalismo contemporáneo es *más ponderación que subsunción*.¹⁹ En consecuencia, la circunstancia de que la Comisión haya comenzado por establecer, como pauta orientativa de la aplicación del sistema de fuentes, que el juez debe obediencia a la ley y debe aplicar el método de la subsunción, denota una opción que relativiza la aplicación directa (*Drittwirkung*) de la Constitución al derecho privado. Podríamos decir —aunque más no sea con el fin de causar polémica— que para la Comisión el lema es *más subsunción que ponderación*.

Por supuesto, dicho primado de la ley es también, en la conceptualización que se expresa en los Fundamentos, relativo. La antigua concepción, que reducía el universo normativo al Código Civil, puede considerarse definitivamente superada. Como dijimos al principio, la normativa del Anteproyecto del Código debe entenderse en el plexo de un sistema de fuentes,

¹⁷ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 14.

¹⁸ Véase por todos Juan BLENGIO, “La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad”, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains*, Bogotá: Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007, pp. 425 ss. Contra: Óscar SARLO y Santiago CARNELLI, *El principio de igualdad y la contratación del código civil*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, t. XXXI, pp. 571 ss.

¹⁹ Leslie VAN ROMPAEY, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pp. 727 ss.

lo que confiere al moderno derecho privado una complejidad mayor que la que tuvo en el siglo XIX.²⁰ Ello se desprende de los siguientes términos expresados en los Fundamentos:

De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando dice que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna.

4.

REGLAS DE INTERPRETACIÓN

En la misma línea se sigue en la propuesta de incorporación de un artículo relacionado con reglas de interpretación, a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, señalando que la decisión jurídica comienza no solo por la ley, sino por las palabras de la ley. Sin embargo, esta definición también está relativizada puesto que —como no podía ser de otra manera— junto con el texto se incluye a las finalidades.

En este punto la Comisión deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo, en la búsqueda de la significación de la norma legislativa, “la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”. Además se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.²¹

²⁰ Para una discusión de este tema véase Francesco MACARIO y Marco Nicola MILETTI (a. c.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della Parte Generale del Contratto*, Milán: Università degli Studi di Foggia y Giuffrè, 2006.

²¹ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 15.

Se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente, y que en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

Finalmente se afirma también que deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, y se señala que esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos, que por su carácter dinámico no pueden ser enumerados taxativamente.

En ese entendido, se propone un artículo 2.º del siguiente tenor:

Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Por último se regula la obligación de decidir, que está dirigida a los jueces, conforme con la tradición compartida por nuestros códigos civiles. Se agrega que la decisión debe ser razonable, es decir, fundada, lo cual se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

Reza el artículo 3.º del Anteproyecto:

Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Este principio de razonabilidad, pese a su concisión, parece muy adecuado. Por supuesto que relativiza la interpretación literal de la ley y el procedimiento lógico de subsunción. De ese modo, queda claro que la aplicación de la letra de la ley no será mecánica, lo que abre la discrecionalidad del magistrado. Sin embargo, la exigencia de razonabilidad es —en mi opinión— irrenunciable. El carácter general de la ley puede determinar que su aplicación a un caso concreto conduzca a resultados no ya injustos, sino irracionales. El derecho no puede permitirse tal resultado.

Los manuales que recogen los principios de la ciencia y de la técnica de la administración contienen por lo general una norma (expresión utilizada aquí no en el sentido de norma jurídica, sino de norma técnica) de clausura parecida. Ninguna norma de un manual de administración empresarial puede conducir a un resultado que sea irracional. A despecho de la linealidad y el mecanicismo del sistema, la introducción del principio de racionalidad en la decisión constituye un elemento irrenunciable.

En un juicio conclusivo, puede reiterarse que resulta significativa la ubicación prioritaria que asume en el sistema de fuentes la consideración de la ley, y en particular del texto de la ley. Sin embargo, no sometidas a la ley sino en concurso con ella, compartiendo su soberanía, aparecen otras fuentes: las leyes análogas, las disposiciones del *bloque de constitucionalidad* y los *principios y valores jurídicos*.

De ello se desprende que en la disputa entre el legalismo cerrado —que no admite la inclusión de fuentes ajenas a la letra de la ley o las recibe en mínima expresión, en caso de insuficiencia de la letra de la ley, y con suma circunspección— y la escuela del derecho libre —que preconiza la infungibilidad de la actuación del magistrado, quien al realizar la aplicación del derecho efectúa más bien un acto de voluntad que de conocimiento, decidiendo más bien en función de principios y valores, y de una definición intuitiva de lo que constituye una solución justa—, la propuesta de la Comisión se encuentra en una posición intermedia. Establece una sólida orientación inicial, basada en la primacía operativa de la ley y de su texto, pero la somete al juicio crítico y complejo de armonización y coordinación (diálogo, en suma) con las demás fuentes, para llegar al resultado final de la decisión. Nos parece una solución nada inconveniente para un problema que hoy se debate enérgicamente.

5.

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Planteado y resuelto el problema de las fuentes —en una orientación por cierto discutible, pero sin duda claramente fundada—, pasamos a analizar el modo como se articula en el Anteproyecto la categoría general del contrato.

En ese sentido se advierte que, en cuanto a la sistemática, el Anteproyecto no coloca la teoría general del contrato en el máximo nivel de abstracción, como lo había hecho el

Código Civil italiano. Luego de un título preliminar, el Anteproyecto se abre en un libro primero sobre la parte general, con títulos sobre la persona humana, los bienes, los hechos y actos jurídicos y la transmisión de los derechos. Luego un libro segundo sobre relaciones de familia. A continuación un libro tercero que trata de los derechos personales —dentro del cual se encuentra la disciplina tanto del contrato en general como de los diversos tipos contractuales—, un libro cuarto sobre los derechos reales, un libro quinto sobre la sucesión *mortis causa*, y finalmente un libro sexto sobre disposiciones comunes a los derechos personales y reales: la prescripción y la caducidad, los privilegios, el derecho de retención y disposiciones de derecho internacional privado.

El Anteproyecto contiene, entonces, una parte general para todo el Código, así como partes generales para las diversas instituciones que regula. Se sigue así el perfil del Código Civil brasileño, que continúa las ideas de DE FREITAS, quien introdujo en su proyecto para Brasil una parte general, y la orientación conteste de todos los proyectos de reforma integral realizados en Argentina.²²

En la estructura interna del Código se ha respetado el orden de partes generales que se había usado en el Proyecto de 1998, el que, a su vez, partía de la base de otras experiencias anteriores. Las partes generales permiten la utilización de conceptos normativos que luego se especifican, así como una lectura más sencilla de todo el sistema. De ello se desprende, a nuestro juicio, que los autores han seguido una orientación que, pese a la declaración en contrario,²³ presenta visos conceptualísticos. En efecto, si focalizamos la sistemática en lo que se relaciona con nuestro tema, la teoría general del contrato, y buscamos integralmente la disciplina del contrato, observamos que las disposiciones aplicables a la materia comienzan en el libro I, esto es, la parte general del Código Civil, y encuentran reglas en el título I, de la persona, y particularmente en el título IV, de los hechos y actos jurídicos.

En la regulación de la institución contractual, el Anteproyecto parte, pues, de un máximo nivel de abstracción: según el artículo 257, se define el hecho jurídico como el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones o situaciones jurídicas y, en el artículo 259, al acto jurídico como el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción

²² Se señala en ese sentido el Anteproyecto de reformas de Bibiloni de 1926, el proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y el proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998. Véase *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 8.

²³ Se manifiesta expresamente que no se ha diseñado una parte general al modo en que fuera pensado en la pandéctica alemana. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 13.

de relaciones o situaciones jurídicas, el que, como tal, es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

Nos encontramos pues en presencia del concepto de *negocio jurídico*, de lo que resulta que el Anteproyecto regula este supuesto en el máximo nivel de abstracción, asumiendo un temperamento similar al que la pandectística infundió al Código Civil alemán de 1900: la manifestación de la voluntad (artículo 262); el silencio como manifestación de la voluntad (artículo 263), la manifestación tácita de voluntad (artículo 264) y los vicios de la voluntad: error (artículos 265 a 270), dolo (artículos 271 a 275) y violencia (artículos 276 a 278); el objeto (artículos 279 y 280), la causa (artículos 281 a 283), la forma y prueba del acto jurídico (artículos 284 y siguientes) no se encuentran regulados en relación con el contrato, sino, más genéricamente, en relación con el acto, *rectius*, al negocio jurídico.

Asimismo, las disposiciones sobre lesión calificada (artículo 332) y sobre simulación (artículos 333 a 337), así como la denominada acción general por fraude (artículos 338 a 342), se predicán respecto de los actos jurídicos en general. Así también la condición, el plazo, la representación voluntaria y legal, la ineficacia y la inoponibilidad están regulados no respecto del contrato o de la obligación, sino del acto jurídico en general. Del mismo modo lo que refiere a la transmisión de los derechos.

A diferencia del Código Civil italiano, el Anteproyecto no coloca en el mayor nivel de abstracción al contrato. La disciplina general del contrato, en la sistemática del Anteproyecto, queda ubicada dentro del libro III, derechos personales, luego del título I, de las obligaciones en general. Desde este punto de vista, el contrato, tanto en general cuanto en particular, queda colocado en forma subalterna, como una de las fuentes de las obligaciones, junto con “otras fuentes”, agrupadas en el título V de este libro III sobre los derechos personales, como la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad, y los títulos valores.

6.

IMPORTANCIA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL ANTEPROYECTO, Y AVANCES EN SU ESTRUCTURACIÓN

6.1. EL CONTEXTO TEÓRICO

Sin embargo, más allá de estas concesiones a lo que podría llamarse la *teoría general del negocio jurídico*, las manifestaciones efectuadas por los autores del Anteproyecto en el documento titulado *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, así como el contenido de la disciplina positiva del contrato en general que proponen, colocan a la teoría general del contrato en un lugar central desde el punto de vista sistemático.

En el Anteproyecto se ha intentado —y entendemos que en buena medida se ha logrado— resolver los principales problemas que se fueron acumulando respecto de la teoría general del contrato, que los autores identifican claramente como la aparición del contrato por adhesión, el cual operaba ya a fines del siglo XIX, y la irrupción de la normativa sectorial de las relaciones de consumo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, tan significativamente descrita por IRTI como la “edad de la descodificación”.

El concepto de que vivimos una época de “descodificación”, provocada por la proliferación de normas especiales, es lo que motiva que se haya hablado de una *tendencia centrífuga*, que naturalmente atenta contra la unidad y sistematicidad de la teoría general del contrato, sobre todo cuando las disciplinas sectoriales no se limitan a desarrollar principios generales ya contenidos en el código civil (*leyes especificantes*) sino que desarrollan principios nuevos y diversos (*leyes descodificantes*).²⁴ En efecto, las leyes especiales inciden en forma diversa en el sistema de la teoría general del contrato. Algunas veces se trata de soluciones legislativas excepcionales, que como tales reafirman la vigencia del sistema general. Otras veces, en cambio, la importancia del nuevo sistema o subsistema creado es tal que provoca el nacimiento de principios propios, lo que determina la *descodificación*.²⁵

La progresiva irrupción de leyes especiales como fuentes cada vez más relevantes del derecho contractual implicó, pues, descodificación; esto es, erección, en los márgenes de un Código Civil en retirada, de *microsistemas*; así como la emersión de nuevos tipos

²⁴ Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè, 1989, *passim*.

²⁵ Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, t. XXVI, p. 155.

contractuales generalmente más complejos que los de estirpe romana, reconocidos en los códigos; lo que determinaba un cuadro de progresiva fragmentación que hacía cada vez menos vigente la unidad de la figura del contrato en general.²⁶

En la segunda mitad del siglo XX, en Europa, esta tendencia centrífuga pareció haber llegado a un punto crítico. En la última década del siglo, el advenimiento de las directivas europeas sobre derecho del consumo, dictadas con la finalidad de hacer efectivo el mercado común, y su transposición en los ordenamientos jurídicos europeos, así como la influencia que tanto las directivas como las leyes particulares de transposición han tenido en el derecho de las relaciones de consumo en otros países, también orientadas, en función del conocido proceso de globalización de las economías, a un más fluido funcionamiento de los mercados, determinaron que este proceso de desintegración adquiriese el matiz de cambio de paradigma, obligando al intérprete a medirse con fenómenos inéditos.

Como consecuencia de lo que podemos denominar *segunda crisis de la idea de contrato*, la doctrina había venido percibiendo la fragmentación de la teoría general, hasta el punto de hablarse de una teoría general del contrato según el esquema codificado y una teoría del contrato en que una de las partes es consumidor o usuario, lo que enfrentaría al intérprete a dos teorías generales del contrato.²⁷

En efecto, la aparición de los *contratos de consumo* y su consolidación como categoría general estaban llamados a traer, a la larga, el problema de sus relaciones con el derecho residual, es decir, con el derecho general del contrato, y de la sistematización del derecho de los contratos en una categoría unitaria o dual.²⁸

Es en este punto donde la doctrina italiana se encuentra cismáticamente dividida. A partir de la crítica de GALGANO al carácter unitario de la categoría del negocio jurídico,²⁹ algunos juristas cuestionan vivazmente la concepción de una parte general del contrato, como disciplina idónea para regular el contrato como figura unitaria. Se argumenta que son demasiadas las diferencias entre contratos entre empresas, contratos con los consumidores, contratos entre privados, contratos colectivos y contratos con la Administración Pública, para que pueda hablarse de una figura unitaria denominada *contrato*. Así DE NOVA sostiene que en estos últimos años se nos plantea la duda sobre si puede útilmente discutirse sobre el contrato como figura general, y afirma que la respuesta negativa encuentra en la doctrina

²⁶ Vincenzo ROPPO, *Il contratto del duemila*, Turín: Giappichelli, 2002, pp. 9 ss.

²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, NAVARRO MENDIZÁBAL y ACOSTA MÉRIDA, o. cit., p. 35.

²⁸ Vincenzo ZENO-ZENCOVICH y Anna Maria MANCALEONI, "Una parte generale per i contratti con i consumatori?", en FRANCESCO MACARIO y Marco Nicola MILETTI (a. c.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milán: Giuffrè, 2006, p. 583.

²⁹ FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milán: Giuffrè, 2002.

consensos cada vez más fuertes. Las diferencias entre contratos entre empresarios y contratos con los consumidores, entre contratos entre privados, contratos colectivos y contratos con la Administración Pública, son demasiado grandes como para que puedan tratarse unitariamente. De ello resulta la necesidad teórica de articular la voz *contrato* en varias partes, cada una destinada a una categoría contractual. De ahí la conclusión:

[...] la parte general del contrato no puede ser ya más considerada como la disciplina de una figura unitaria; [...] la relación lineal entre parte general del contrato y parte especial, que se lee en el art. 1323 CC, no ha respondido nunca al derecho positivo, y menos hoy día, frente a una indudable fragmentación de la figura del contrato y a una evidente tendencia centrífuga hacia la disciplina de los contratos singulares, cada vez más alejada de la disciplina general.³⁰

Resulta entonces que la relación entre parte general y parte especial del derecho de los contratos —que según MESSINEO,³¹ que no vivió el fenómeno de la *descodificación*, era armónica, en cuanto la primera expresaba el concepto de una disciplina aplicable a todos los contratos, en concurso con la segunda— aparece distorsionada por las nuevas disciplinas sectoriales, que aportan fundamentalmente contradicciones, derogaciones y excepciones a esta parte general, como las que refieren a la legislación sobre el derecho del consumo, con lo que la parte general queda reducida a una función residual.³²

Otra parte de la doctrina ha expresado opiniones diametralmente opuestas a la recién mencionada. Se ha señalado que la relación entre la disciplina general y la especial, propia de los sectores, no es necesariamente una relación antinómica, sino que puede ser entendida como de continuidad. La idea de contrato como esquema unitario abstracto, generado a partir de los tipos singulares, constituye una conquista del pensamiento jurídico. Las normas, vigentes en la mayoría de nuestros códigos, que refieren a la aplicabilidad de las normas de la parte general a todos los contratos, incluso a los innominados, representan “el fundamento positivo de la categoría civilística del contrato”.³³

En esta posición se sostiene que la vigencia de la categoría general del contrato y la utilidad de su disciplina se hacen evidentes en tanto y en cuanto se analiza la legislación sectorial, donde es común encontrarse con imprevisiones normativas y lagunas, como también,

³⁰ Giorgio DE NOVA, “Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti”, en *Contratto e impresa*, 1988, pp. 327 ss.

³¹ Francesco MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milán: Giuffrè, 1946, pp. 1 ss.; voz “Contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffrè, 1961, t. X, p. 787; “Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 cc”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, pp. 16 ss.

³² Emanuele LUCCHINI GUASTALLA, “Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, p. 403.

³³ Giuseppe BENEDETTI, “La categoria generale del contratto”, en *Rivista di Diritto Civile*, año XXXVII, n.º 6, Padua, 1991, I, pp. 649 ss.

incluso, contradicciones. La resolución de esas cuestiones no puede sino quedar librada al encuadramiento sistemático, so pena de caer en la arbitrariedad.³⁴ Según esta posición, la proliferación de leyes especiales no afecta la validez de la categoría general del contrato, ni el rol central que revisten las normas que disciplinan la figura del contrato en general. Por el contrario, el indiscutible proceso centrífugo de cierta legislación potencia la función de la parte general para una evolución y aplicación armónicas del ordenamiento jurídico. Ello sin contar con que los contratos innominados no pueden de regla encontrar una disciplina idónea en sede de contratos nominados especiales.

Todo esto, por una parte, reafirma la utilidad y el valor de un esquema unitario abstracto que se resuelve en la categoría general del contrato,³⁵ pero por otra plantea el desafío de reformularla para dar cuenta de estas novedades evidentes e insoslayables.

6.2. LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO

Descrito en apretada síntesis el problema que afecta el nuevo derecho contractual, es posible captar en toda su dimensión la innovación implícita en la propuesta de la Comisión, que consiste en dividir la disciplina del contrato en general en dos títulos: el título II, sobre los contratos en general, y el título III, sobre los contratos de consumo o, mejor dicho, sobre los principios generales de la contratación de consumo.

Se propone así la estructuración de la teoría general del contrato no en forma unitaria sino en forma dual, colocando a los contratos de consumo no por debajo de la categoría del contrato en general, sino junto con ella, como una especie diferente, participante eventualmente de un género común, pero que ya no puede estar constituida por el contrato en general como categoría unitaria, puesto que este está concebido como una de las especies, al mismo nivel que el contrato de consumo.

Si fuéramos a dibujar el árbol de Porfirio implicado en esta materia en el Anteproyecto, podríamos tal vez considerar un *género remoto* constituido por los actos jurídicos (voluntarios) en general, regulado en el libro primero (de la parte general), luego un *género próximo*, constituido por aquellos actos jurídicos que constituyen fuente de obligaciones, los cuales son tratados en el libro tercero, que disciplina los derechos personales, y finalmente dos especies, la de los contratos paritarios y la de los contratos de consumo. Justificaría este árbol conceptual la expresión de que la incidencia de la disciplina de las relaciones de consumo ha

³⁴ *Ibidem*, p. 673.

³⁵ Enrico GABRIELLI, "Il contratto e le sue classificazioni", en Enrico GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale, Trattato dei contratti diretto da p. Rescigno*, Turín: UTET, 2006, pp. 43 ss.

provocado la *fragmentación*³⁶ del derecho general del contrato, desde el momento en que ya no existiría un género próximo constituido por el contrato en general, sino dos especies, la del contrato paritario y la del contrato de consumo.

7.

LA DISCIPLINA DEL CONTRATO EN GENERAL

Al plantearse la cuestión de la disciplina de la figura general del contrato, la Comisión formula explícitamente el problema de la regulación del “tipo general del contrato”. Y avanza en dos direcciones. Una, ya consolidada, es la unificación de la regulación de los contratos civiles y comerciales. Otra, innovadora, es precisamente la que intenta resolver en el ámbito del Código Civil lo que considera el aspecto más discutido, que es la regulación de los contratos de consumo y su grado de extensión.

El documento explicita los modelos que se han seguido en el derecho comparado.

El primer modelo es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del Códice del Consumo Italiano (Decreto Legislativo n° 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco la incorpora al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2 al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas operaciones de consumo”.

El segundo modelo es el seguido en el Código Civil Alemán en su reforma del año 2002, mediante al cual se incorporan algunas normas aplicables específicamente al Derecho del Consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de

³⁶ En italiano, la *frantumazione* de la categoría general del contrato.

contratación (Libro 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, arts. 194 a 196).³⁷

El aspecto que entendemos más relevante de la propuesta de nuevo Código Civil argentino es la concepción de una teoría general del contrato dual, en lugar de unitaria, sobre la base de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, con una situación intermedia (de importancia central) configurada por los contratos por adhesión o predispuestos, que en la presentación formal del Anteproyecto no afecta el carácter dual de la categoría del contrato en general.

En este sentido es interesante dar cuenta de la evolución en la doctrina argentina. Ya en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en 1997 se proponía que “en los contratos discrecionales o paritarios, cuyas partes se encuentran en situación de igualdad jurídica, rija la plena autonomía privada (art. 1197 CC) con las limitaciones clásicas, que refieren a los objetos prohibidos o inidóneos, las finalidades ilícitas o inmorales, la trasgresión de normas de orden público y las normas imperativas. En el otro extremo conceptual están los contratos de consumo, en cuya regulación estatutaria sobresale el orden público económico, sea de protección, sea de coordinación. En estos, el régimen tuitivo se establece en favor de una parte (el consumidor), a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida”. Es la plena aplicación del principio protector del consumidor.

Estas ideas ya habían sido esbozadas en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998.³⁸ Sin embargo, la innovación se limitaba a contemplar, dentro del sistema del derecho común, la distinción entre los contratos discrecionales y los celebrados mediante adhesión.³⁹

Intentando una posición propia, la Comisión se aparta de aquella forma en que se reguló la cuestión en el proyecto de Código Civil argentino de 1998. En aquella iniciativa, la cuestión se resolvía distinguiendo entre contrato discrecional y contrato por adhesión a cláusulas predispuestas, en sede de fuerza vinculante del contrato.⁴⁰ No obstante, la Comisión no sigue este diseño. Invoca como argumento “la evolución que ha experimentado la materia desde entonces”. Esta frase muestra la importancia y la mutabilidad del proceso que

³⁷ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., pp. 142-143.

³⁸ Atilio ALTERINI, “La teoría general del contrato en el Proyecto Argentino de Código Civil de 1998”, en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires: La Ley, 1999, pp. 437 ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 191.

⁴⁰ “Artículo 964. Contratos discrecionales. Los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos.

”Artículo 965. Contratos predispuestos. Sin perjuicio de disposiciones especiales, los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, obligan en general con los mismos alcances que los establecidos en el artículo anterior”.

experimentamos en la fase histórica actual del derecho contractual. La Comisión no duda en hacer referencia a una evolución que tiene menos de quince años, evolución que describe a continuación y que determina un cambio de posición.

El problema es planteado por la Comisión en los siguientes términos.

La regulación de la contratación de consumo trajo de la mano la aplicación del principio de protección del consumidor. La progresiva ampliación y extensión analógica de la definición de consumidor ha motivado una tendencia a la aplicación del principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo.

Según la Comisión esta tendencia produce inconvenientes, porque se distorsiona gravemente el sistema. Asimismo,

[Es] inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica.⁴¹

No se puede pedir mejor descripción de lo que constituiría el punto de discusión principal del actual derecho contractual: la cuestión medular que afecta la estabilidad de la doctrina general del contrato, que es la transposición de las tendencias proteccionistas propias del derecho de las relaciones de consumo al derecho general del contrato, que pasa a ser influido por ideas como la tutela de la parte débil, o de la parte que sufre la asimetría del poder de negociación, o que carece de información, o el principio de equilibrio o justicia contractual material, o referente al contenido, o de colaboración o solidaridad contractual.

Otro párrafo que resulta medular aparece en relación con la disciplina del abuso de derecho. La generalización de la figura del abuso de derecho a toda la materia contractual ha determinado que se admita en jurisprudencia la figura del abuso de posición negocial,

⁴¹ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 143.

lo que implicaría revisar todo contrato y, en caso de que se verifique la existencia de disparidad de poder negocial, se admita la revisión de los términos de la ecuación de aquel, incluyendo el sinalagma económico. La Comisión aborda la cuestión del abuso de poder en la contratación, y manifiesta estar de acuerdo con que el ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero expresa:

[...] debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de ello es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con un gran perjuicio general del sistema, de su adaptabilidad e ignorando la doctrina y jurisprudencia, lo cual no nos parece conveniente.⁴²

Resulta pues de interés comprobar que la pauta orientativa contenida en el título preliminar parte, por supuesto, del significado tuitivo de la legislación sobre las relaciones de consumo, y del impacto que esta ha producido sobre la teoría general del contrato, pero confiere también gran importancia a la seguridad jurídica. La propuesta está diseñada de forma que el juez no pueda revisar indiscriminadamente cualquier contrato toda vez que compruebe disparidad en el poder de negociación. Sí podrá hacerlo cuando exista concretamente una relación de consumo o un abuso de posición dominante en el mercado. La significación tuitiva de la normativa de las relaciones de consumo resulta, de este modo, al mismo tiempo confirmada en su ámbito y restringida en cuanto a su aplicación analógica fuera de él.

Sentado este punto de partida, la Comisión se aboca a proponer una solución, a cuyos efectos sugiere una distinción medular. “El problema es que hablan de objetos diferentes”, afirma la Comisión refiriendo al contrato discrecional y al contrato de consumo.

La fragmentación operada en la categoría general del contrato determinaría, así, la existencia de dos clases de contrato con caracteres y regulación diferentes. De este modo, los contratos de consumo no son concebidos como un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino como una “fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales” (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

Esta solución —que, según la Comisión, es congruente con la Constitución Nacional argentina, que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así

⁴² *Ibidem*, p. 22.

como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia— determina que se regulen separadamente el contrato paritario y el contrato de consumo, como categorías generales del contrato. Dentro del contrato paritario, la Comisión realizará una disquisición sobre la forma del consentimiento, que dará lugar al desglose del contrato de adhesión.

Como puede apreciarse con evidencia, nos encontramos ante la fractura de la teoría general del contrato. Estamos dentro de la teoría general del contrato, porque tanto el contrato discrecional como el contrato de consumo son presentados en su formulación general; el contrato de consumo no es concebido como una especie, sino como una categoría general. Expresa la Comisión que, para llegar a esta solución, la doctrina argentina había venido madurando desde tiempo atrás la idea de que el ordenamiento jurídico debía reaccionar ante la nueva realidad determinada por la contratación de consumo, y había llegado a una definición que contemplara, por una parte, la protección de la parte débil y, por otra, el respeto de la autonomía de la voluntad.

Como se advierte, el objetivo es doble. Por un lado, definir un área general de protección extrema, correspondiente al contrato de consumo en general; por otro, confinar esa área delineando estrictamente sus límites y separando esta categoría de la del contrato paritario en general, de modo que el principio protectorio consagrado para el contrato de consumo en general no pueda aplicarse indiscriminadamente al contrato paritario en general.

Puede decirse que el sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera:

1. Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.
2. Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante; en este caso, se extrema el principio protector del consumidor.⁴³

7.1. LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

Ahora bien: sin perjuicio de esta bipartición o fragmentación bipartita, aparece en el Anteproyecto la categoría de los contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen.

⁴³ *Ibidem*, p. 149.

El contrato por adhesión no está regulado exclusivamente a propósito del contrato de consumo, sino, por el contrario, como una modalidad del contrato discrecional, que se califica cuando el consentimiento está dado no en forma de oferta y aceptación clásicas, sino por adhesión a condiciones predispuestas en forma general. Es cierto que, desde el punto de vista científico, y aun desde el punto de vista de la disciplina del derecho positivo, ha sido corriente asociar la modalidad de contratación por adhesión con el carácter de consumo de la relación subsecuente, originando un régimen especial, fundamentalmente consistente en el control de la abusividad de las cláusulas del contrato. Pero la Comisión disocia la cuestión de la adhesión del carácter de consumo del contrato.

Asistimos aquí a un aporte muy interesante, ya que la separación del concepto de contrato de adhesión respecto de la idea de contrato o relación de consumo permite establecer, con carácter general, un régimen para contratos de adhesión que abarca a todos los contratos con condiciones generales predispuestas, aunque no disciplinen relaciones de consumo, referido en especial a relaciones entre empresas con diferente poder negocial, de modo que una impone a otra condiciones generales de contratación, lo que permite aplicar la normativa tuitiva a las pequeñas y medianas empresas que contratan con grandes operadores del mercado, aunque no la protección suma, que queda reservada a las relaciones de consumo final.

Cabe consignar que esta solución aparece como una forma concreta y original de dar respuesta a los desafíos planteados por la crisis de la teoría general del contrato en la segunda mitad del siglo XX, restringiendo el régimen tuitivo del contrato de consumo, salvo en lo que refiere al control de las condiciones generales de la contratación, que es concebido a nivel del contrato en general, siempre que se configure el supuesto de adhesión.

8.

LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DISCRECIONAL O PARITARIO EN GENERAL

8.1. GENERALIDADES

Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato, que no dista de la definición que de él daba la teoría clásica liberal.

Se sostiene que es el acto jurídico (lo que confirma la adscripción a un árbol conceptualista que parte de la noción de negocio jurídico) mediante el cual dos o más partes

manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, de lo que surge que el elemento *consentimiento* se encuentra en la parte medular. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes:

- La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.
- La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.
- La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el título preliminar. Los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad, por un lado, y el orden público, por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto. En este capítulo se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato. Como puede advertirse, esta es la visión clásica del contrato: ámbito de la autonomía privada negocial, limitada solamente por las normas de orden público y la afectación de las buenas costumbres.

En este ámbito, se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. En consecuencia, la regla aplicable a los contratos paritarios es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada. La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, sin perjuicio de que en la doctrina y jurisprudencia se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.⁴⁴

⁴⁴ Ibídem, p. 145.

Se observa, en suma, que esta reglamentación del contrato no dista de la concepción clásica liberal. El principio en este ámbito es la libertad y la autonomía de la voluntad; las partes son libres de disciplinar por la vía del contrato las conductas tendientes a satisfacer sus intereses recíprocos, y, una vez celebrado, el contrato resulta obligatorio y ejecutable según sus términos, interpretados naturalmente, según la buena fe, con la sola limitación impuesta por las normas excepcionales de orden público y las buenas costumbres. No hay lugar, en este campo, para hablar de asimetría de poder de negociación y distinguir entre una parte fuerte y otra débil, y no procede la aplicación del principio protectorio, que queda reservado en relación con el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación (que configurará un subsector de este ámbito general) y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente, también considerados en general.

No es de extrañar, por tanto, que como corolario de lo expresado, en materia de interpretación, se consagren aquí los principios clásicos de la hermenéutica contractual.

8.2. REFERENCIA ESPECIAL AL CONTRATO RELACIONAL

El Anteproyecto incorpora un artículo 1011 que reza:

Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Se propone aquí una regulación del objeto de los contratos de larga duración, que presenta cierta diferencia con el modelo general del contrato discrecional.

Señala la Comisión:

[...] el modelo contractual “clásico” está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes postcontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo. Habitualmente, la noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. [Sin embargo], este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan

en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original. El objeto del contrato puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar el elemento conmutativo del negocio mediante un concepto relacional y dinámico. No nos parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido. Hemos optado por un solo artículo breve que establece que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber secundario de conducta de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decida la rescisión debe dar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.⁴⁵

El deber de colaboración de las partes en el contrato, en esa conceptualización, aparece entonces como deber *secundario*, y predicado solamente en el ámbito de los contratos de larga duración. Esta posición debe compararse con la que ha desarrollado la teoría solidaria del contrato, que ha generalizado este deber de cooperación o colaboración a todas las relaciones contractuales. Sin poder laudarse este complejo tema, parece claro que la obligación de ejecutar los contratos de buena fe genera cierto deber de cooperación o colaboración, pero este deber se manifiesta particularmente en los contratos de larga duración; no es posible sostener que jueguen de la misma manera en los dos ámbitos.

8.3. CONCLUSIÓN

Las principales reglas sobre el contrato discrecional, asentadas en los artículos 957 a 960, reafirman claramente el principio de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad, de la fuerza obligatoria y de la intangibilidad del contrato por el juez.⁴⁶ Los artículos 961 a 1091 integran un conjunto de reglas sobre todos los aspectos del contrato en general que un código moderno puede prever, siempre pensando en el contrato discrecional.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁶ "Artículo 957. Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

"Artículo 958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

"Artículo 959. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

"Artículo 960. Facultades de los jueces. 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".

8.4. LAS REGLAS GENERALES SOBRE EL CONSENTIMIENTO Y EL CONTRATO DE ADHESIÓN

8.4.1. Generalidades

En el capítulo III del título segundo relativo a los contratos, se regula la formación del consentimiento contractual. En la sección primera, se afirma que la regla general es que los contratos se perfeccionan por la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. Por su parte, la oferta es definida en la forma tradicional, como una manifestación unilateral de voluntad, lo que es más que la mera declaración; comprende aquellos casos en que es expresa o tácita, recepticia o no, dirigida a persona determinada o indeterminada, y se describen sus requisitos. Se regula la invitación a ofertar, la conclusión de la vigencia de la oferta, la fuerza obligatoria y la revocación. En cuanto a la aceptación también se siguen los criterios ya establecidos en doctrina y jurisprudencia, así como en el Proyecto de 1998. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, quedando a salvo la posibilidad de que las modificaciones puedan ser admitidas por el oferente, según admiten los criterios internacionales en función de la agilización de las transacciones.⁴⁷

El contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más aceptada en el derecho comparado. La norma dispone que se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando esta la conoce, o hubo de haberla conocido, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

Hasta aquí, como puede apreciarse, se emplean conceptos tradicionales.

Pero inmediatamente la Comisión pasa a considerar el problema de los contratos celebrados por adhesión a condiciones o cláusulas generales, los cuales, por sus particularidades, son regulados separadamente en una segunda sección, lo que genera una normativa específica, aunque dentro del campo del contrato discrecional o paritario.

La categoría del contrato de adhesión aparece pues en el Anteproyecto, en sede de la disciplina del contrato discrecional, a partir de una disquisición sobre la formación del consentimiento en dicha especie de contrato. En esta segunda sección se comienza con la siguiente definición:

⁴⁷ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 147.

Contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción.

En consecuencia, se asume que el supuesto que se regula no es un tipo o subtipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento, en la que es dable observar “una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales”.⁴⁸ De este modo, la categoría del contrato paritario, ya sea que el consentimiento haya sido prestado mediando una tratativa individual o que haya existido asentimiento a condiciones generales de la contratación, queda claramente diferenciada de aquella general de los contratos de consumo. El contrato de consumo supone una relación con un consumidor; este requisito no es necesario en el contrato de adhesión. Por cierto, puede existir, y entonces el contrato será de consumo, y contraído por adhesión. Pero bien puede suceder que no se trate de una relación o contrato de consumo, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

Hacemos aquí una pequeña digresión que a nuestro juicio es meramente terminológica. La Comisión emplea la expresión *cláusulas generales* para referirse al fenómeno de las *condiciones generales de la contratación*. La expresión *condiciones generales* goza de aceptación en varios sistemas legales europeos —Código Civil de Italia, artículo 1341; Código Civil de Alemania, § 305; decreto ley 1/2007 de España sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios; Principios Lando, artículo 2209; Proyecto Europeo de Contratos (Pavia/Gandolfi), artículo 33—. Sin embargo, la Comisión sugiere no utilizar el término *condición*, argumentando que tiene un significado técnico específico en el ámbito de las obligaciones y contratos que no se compadece con el supuesto que estamos considerando, razón por la cual proponen emplear el vocablo *cláusulas*. Queda por ver la justificación de esta disquisición. Si bien es cierto que la expresión *condición* alude a una modalidad de las obligaciones que nada tiene que ver con el contrato de adhesión, también es cierto que la expresión *condiciones generales* está asimismo impuesta en el vocabulario jurídico y la confusión resulta imposible. Por otra parte, la expresión *cláusulas generales* tiene también otro significado técnico en derecho privado, que alude a los estándares abstractos de conducta que los jueces emplean en la resolución de controversias. Tanto es así que la comisión se siente en la necesidad de aclarar:

⁴⁸ *Ibidem*, p. 148.

[...] en cuanto al vocablo “general” es necesario decir que no se refiere a la cláusula general como concepto jurídico indeterminado, que es el significado propio que tiene este término en el campo de la filosofía del derecho. En el ámbito contractual, es claro que se refiere a aquellas cláusulas que son redactadas para una generalidad de sujetos en forma previa y no modificable mediante la negociación individual. Esta cláusula general se distingue de la particular (art. 986). La primera es elaborada para una generalidad de sujetos indeterminados y es inmodificable; la segunda puede ser modificada por una negociación individual. No hay adhesión, sino negociación y consentimiento. Por eso la norma establece que son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Como expresamos, la cuestión nos parece meramente terminológica.

8.4.2. Contrato con predisposición y contrato de adhesión

La Comisión efectúa, en este punto, un distingo muy importante entre el contrato con condiciones predisuestas y el contrato de adhesión.

El Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 definía al contrato predispuesto como “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”; a las condiciones generales como “las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y al contrato celebrado por adhesión como “el contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación” (artículo 899 del Código Civil).

La Comisión propone una regulación del contrato que implica distinguir, en este punto, entre contrato con condiciones predisuestas y contrato por adhesión a cláusulas generales, distingo este que nos parece fundado.

La predisposición es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, uno por adhesión o uno de consumo. El contrato, en cambio, se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere; la parte no predisponente “ha estado precisada a declarar su aceptación”.⁴⁹

Se sugiere pues distinguir los contratos predispuestos de aquellos de adhesión, sobre la base del fundamento de que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es sinónimo de debilidad de una de las partes: el recurso a la predisposición

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 149.

puede derivar de una opción de las partes que quieren disminuir los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por una de ellas o por un tercero.

El contrato predispuesto era un supuesto ya previsto en los códigos decimonónicos, anteriores a la problemática de las condiciones generales de la contratación, que daba origen a la conocida regla *interpretatio contra stipulator*. La predisposición, se señala, es una calidad del contenido, mientras que la adhesión es una característica de un acto del aceptante.

En efecto, un contrato puede haber sido redactado unilateralmente por una de las partes, que ha predispuesto las condiciones. Sin embargo, ello puede no ser sinónimo de disparidad de poder negocial. La predisposición (en el sentido de redacción unilateral) puede encontrarse acompañada de una tratativa efectuada en términos paritarios. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, es usual que sea el escribano del comprador quien redacte el contrato, mientras que el profesional del vendedor se limita a revisar el proyecto de escritura, y no es infrecuente que acepte el texto propuesto. Ello no convierte el supuesto en un contrato de adhesión, ya que el vendedor, más allá de que haya aceptado la redacción propuesta, pudo no haberlo hecho. No aparece, pues, una disparidad de poder negocial. En el contrato de adhesión o por adhesión, en cambio, el adherente no tendría posibilidad real de discutir el contenido del contrato.

Hasta aquí nos parece que la distinción resulta evidente y fundada. Es más: esta percepción de que una cosa es la modalidad de contratación por adhesión y otra el carácter de consumo de la relación, si bien resulta algo claro e incluso evidente, no había sido, en nuestra opinión, tan claramente expresada como en el Anteproyecto.

Sin embargo, en los *Fundamentos* no aparece claramente la consecuencia de la distinción, puesto que el régimen de anulación de cláusulas abusivas, a que se aludirá enseguida, se aplica tanto a los contratos de adhesión como a los que contienen cláusulas predispuestas. Parecería que la diferencia de régimen debería consistir en que en los contratos que contienen cláusulas predispuestas, pero no en forma general sino individual, no es viable un control de contenido, que sí lo es en los contratos de adhesión. En cambio, según el articulado del Anteproyecto, el control de contenido de las cláusulas abusivas sería de aplicación a todo contrato con cláusulas predispuestas, ya sea en forma individual o general.

Como surge del texto,⁵⁰ el control de abusividad de las cláusulas comprende los contratos concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, con-

⁵⁰ “Artículo 988. Cláusulas abusivas. En los contratos con cláusulas predispuestas o que sean concluidos por adhesión, se deben tener por no escritas:

”a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;

”b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;

”c) las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.”

tienen cláusulas predisuestas. La razón de esta extensión radicaría en que no se trata de un control de incorporación sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento.

Sin embargo, precisamente, el control de incorporación se funda en la inexistencia del consentimiento; el control de abusividad presupone, en cambio, cierta medida de consentimiento, pero no procede cuando existió consentimiento individual y concreto.

Nos permitimos pues señalar aquí lo que entendemos es una inconsecuencia. Si se admite que la predisposición individual puede ser utilizada para celebrar un contrato paritario, uno por adhesión o uno de consumo, encontrándose en la base de la categoría que constituye un procedimiento *neutro*, y que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes, no se aprecia la razón por la cual, en el caso de ser negociado individualmente, el contrato con condiciones predisuestas deba disparar el control de contenido de las cláusulas abusivas. Es condición generalmente aceptada que el control de abusividad de las cláusulas no comprende aquellas que han sido individualmente negociadas, aun por los consumidores.⁵¹

Como se verá luego, el Anteproyecto extrema la protección en el ámbito de las relaciones de consumo, puesto que, si entramos en él, el control de abusividad procede aun cuando la cláusula haya sido negociada individualmente. Estamos aquí ante una opción de política legislativa.

Sin embargo, en cuanto a la distinción del régimen aplicable a los contratos predisuestos, respecto de los contratos de adhesión, advertimos una inconsecuencia lógica. El Anteproyecto no sería susceptible de crítica si el control de abusividad quedara reducido al contrato de adhesión (sea o no de consumo), excluyendo toda cláusula negociada individualmente (salvo que fuera de consumo, en cuyo caso, en virtud de la protección extrema que se le dispensa al consumidor, la negociación individual no es relevante). La *ratio legis* sería que en el contrato de adhesión, aun entre empresas, la “medida” del consentimiento es menor que en el contrato paritario o negociado, lo que justifica un control más intenso. La negociación individual excluye, por hipótesis, esa “medida” menor. El control de abusividad debe afectar, entonces, no el supuesto general de predisposición, que, como expresamente sostiene el Anteproyecto, es un procedimiento *neutro*, sino el campo de aquellos casos en que la predisposición va acompañada del fenómeno realmente relevante a estos efectos que es la adhesión, es decir, la imposibilidad real de discutir y negociar el contenido. Cuando el

⁵¹ Como se verá en seguida, la categoría del contrato de consumo implica una protección tan fuerte que determina la posibilidad del juez de anular una cláusula por considerarla abusiva, aunque haya sido expresamente aceptada por el consumidor, lo que constituye una innovación en el derecho comparado.

contenido, aunque haya sido predispuesto, se pudo discutir o se discutió efectivamente, el control de abusividad debería quedar excluido. Salvo, repetimos, en el área del contrato de consumo final, donde se dispensa una protección extrema.

Como sostiene la propia Comisión:

[...] la cláusula abusiva puede ser anulada porque existe una “gradación menor” de la autonomía de la voluntad, que hace presumir que el adherente no consentiría la cláusula abusiva; pero si contra esa presunción, el adherente ha negociado y aceptado la cláusula, la misma es válida.

Se trataría de una presunción que admitiría prueba en contrario. La tutela del consumidor, en cambio, no se basa en ninguna presunción relativa.

8.4.3. El control de incorporación de las cláusulas abusivas

La configuración de consentimiento dado por adhesión a condiciones unilateralmente predispuestas dispara la aplicación de la normativa sobre control judicial, tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido.

El control de incorporación es fundamentalmente formal. Para poder considerarse incorporadas, las cláusulas de los contratos de adhesión deben ser comprensibles y auto-suficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares, y su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

El control de contenido, en cambio, se efectúa sobre la base del juicio de abusividad de las cláusulas.

8.4.4. El control de contenido de las cláusulas abusivas

Como enseña GAMARRA en el Uruguay, de ahora en adelante todas las disposiciones del contrato (de adhesión) —con excepción de la equivalencia económica de las prestaciones— quedan sometidas al examen judicial que determinará si violan el principio de equilibrio contractual o la igualdad (que ahora pasa a ser sustancial, y no meramente formal, como sucedía antes). Por lo tanto —señala el Maestro—, “el nuevo derecho amplifica los poderes y arbitrios del magistrado”, que ahora posee posibilidades ilimitadas para “cazar en el territorio de la abusividad”.⁵² En el mismo sentido, respecto del derecho italiano, enseña

⁵² Véase, entre otros, Jorge GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. IX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003, p. 316. En el mismo sentido, Eugenio LLAMAS POMBO, “Buena fe y cláusulas abusivas en la contra-

RIZZO que con la aprobación de las normas sobre cláusulas abusivas se ha querido garantizar la elasticidad del sistema, asignando al juez un importante rol en la individualización y en la represión de las cláusulas inicuas.⁵³ De modo que la delimitación de esta área de contratos de adhesión marca, respecto del área general del contrato (paritario), una ampliación de las potestades del juez.

En este punto, la Comisión se plantea la disyuntiva de adoptar o no un listado de cláusulas abusivas que son nulas de pleno derecho, y otro que las considera sospechosas. Si se plantea a priori el problema de los métodos que las diferentes legislaciones pueden emplear para establecer regulaciones sobre el tema de las cláusulas abusivas, sería posible afirmar que dichos métodos pueden reducirse a dos: o bien establecer el concepto genérico de cláusula abusiva, o sea, una cláusula general de abusividad, o bien consagrar una enumeración de cláusulas típicamente abusivas. Las normas construidas sobre el modelo de cláusulas generales son reglas que fijan estándares sumamente amplios, dejando un amplio margen de apreciación al intérprete. Tal es, por ejemplo, el concepto de buen padre de familia, de ejecución de buena fe del contrato, de acto propio del giro normal del negocio, etc. En cambio, las normas que describen supuestos de hecho típicos requieren que se configure más o menos exactamente ese supuesto, excluyendo la discrecionalidad en la apreciación.

Los autores opinan que un listado tipo es útil, pero que debería consagrarse en la legislación especial, como de hecho ocurre en el derecho comparado. Una primera razón es que los tipos 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.

En consecuencia, no se incluye en el Anteproyecto un listado de cláusulas abusivas, sino un criterio general amplio, contenido en los artículos 988 y 989, que sirve para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial. Son definidas como abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Ello parece comprensivo del concepto de que la cláusula abusiva

tación con consumidores”, en Marcos CÓRDOBA (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 237; Dora SZAFIR, *Consumidores. Análisis exegetico de la ley 17250*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 236.

⁵³ Vito RIZZO, *Le “clausole abusive” nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 166.

tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Corresponde probablemente a don Federico DE CASTRO Y BRAVO haber descubierto que lo que generalmente hacen las cláusulas abusivas, en realidad, no es contrariar normas imperativas, sino precisa y simplemente derogar las normas supletorias contenidas en la ley, en los diversos grados de abstracción referidos por el legislador en la sistemática de los códigos, ya sea en la parte general o en la parte especial de los contratos nominados.⁵⁴ Desde una perspectiva liberal a ultranza, nada habría pues que reprochar. Las normas dispositivas están precisamente... para ser derogadas, esto es, para ser aplicadas solamente en el caso de que las partes, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, no resuelvan de otro modo. Si así lo hacen, su voluntad resulta preeminente.

Sin embargo, es precisamente por medio de la reflexión sobre la naturaleza de las normas supletorias o dispositivas que la doctrina ha avanzado en la clarificación del concepto de cláusula abusiva en los contratos de adhesión. Según DE CASTRO, las normas dispositivas, es decir, aquellas que contienen la disciplina de los contratos pero que admiten su derogación o renuncia por convenios particulares, tienen, según los casos, una mayor o menor *resistencia* a la derogación. Es verdad que las normas imperativas son inderogables y las supletivas no. Sin embargo, las normas supletivas o dispositivas no presentan todas un aspecto homogéneo; algunas de ellas son meramente operativas; se reducen a prever aspectos de detalle, a facilitar las transacciones en caso de olvido o imprevisión de las partes, a reducir los costos de la contratación; estas normas son derogables por las partes, sin restricciones, porque nadie conoce su propia comodidad mejor que las propias partes. Pero hay normas que, si bien no son imperativas, tienen sin embargo “un contenido de justicia” que derivan de la naturaleza propia del contrato, de su estructura equilibrada. DE CASTRO trae en apoyo de su tesis la posición de diversos autores alemanes (BRANDT, RAISER, NIPPERDEY, LARENZ, entre otros), que hablan de la *función ordenadora* del derecho dispositivo, que se encuentra en casi todas las normas del derecho de las obligaciones.⁵⁵

Es fácil reconocer en esta postura aquella concepción tradicional del contrato en sí mismo como equilibrio.

También se define la situación jurídica abusiva, diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos

⁵⁴ Federico DE CASTRO Y BRAVO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo I, enero-marzo 1961, pp. 295-341.

⁵⁵ La doctrina atribuye a Ludwig RAISER el mérito de haber perfeccionado estos desarrollos en su obra *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, cuya primera edición data de 1935. Sobre el punto véase RIZZO, o. cit.

jurídicos conexos. Ello es consistente con lo dispuesto en materia de ejercicio abusivo en el título preliminar y de contratos conexos en la parte general de contratos.

Se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado ni las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado. Finalmente, se establecen las facultades judiciales.

Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.⁵⁶

8.5. CONCLUSIÓN

En suma: en nuestra opinión, una presentación de la nueva teoría general del contrato, fragmentada, debería incluir no dos, sino tres zonas formalmente separadas:

1. Una zona de contrato discrecional o paritario, organizado en torno a la tratativa individual, aun cuando las cláusulas del contrato hayan sido predisuestas, con plena aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y restricciones al poder del juez.
2. Una zona de contrato de adhesión, fuera de la relación de consumo, o sea, comprensiva de relaciones entre empresas una de las cuales adhiere a condiciones predisuestas, donde se verifique la presencia de un contratante que meramente acepta o adhiere a condiciones sin tener posibilidad de discutir el contenido; es el ámbito de las condiciones generales de la contratación o del contrato de adhesión, donde el consentimiento está *mermado*, y que da origen a la protección derivada del régimen de las cláusulas abusivas, que implica control de incorporación y de contenido, protección que sin embargo cede ante la autonomía de la voluntad de los contratantes.
3. Y, por último, una zona de regulación de las relaciones de consumo, donde el principio protectorio, incluyéndola, exorbita la tutela propia del contrato de adhesión, asumiendo portada absorbente, donde la relevancia del consentimiento es mínima y donde prevalece la tutela del interés del consumidor por encima de lo que haya eventualmente consentido, dando lugar a una tutela de oficio aun en el caso de existencia de tratativa individual.

⁵⁶ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 167.

9.

LA CATEGORÍA DEL CONTRATO DE CONSUMO EN GENERAL

9.1. GENERALIDADES

La Comisión incorpora la regulación de los contratos de consumo como un título separado, asumiendo que constituyen una fragmentación de la categoría general del contrato que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

En el diseño formulado, esta regulación no implica la reproducción en el Código Civil de las reglas de la legislación de consumidores en su detalle, sino tan solo la definición de unos principios y reglas generales. Los autores señalan dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a) que la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b) que la sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema, y se observa que existen actualmente normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Los principios generales de protección del consumidor, que actuarán como un mínimo, se relacionan así con los subsistemas sectoriales que contienen normas tuitivas de los consumidores en diferentes áreas, lo que tiene a su vez efectos importantes:

1. En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores de protección.
2. Ninguna ley especial en aspectos similares podrá derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos *mínimos* actúan como un núcleo duro de tutela.
3. También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales del Código Civil sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.
4. En el campo de la interpretación, se establece un *diálogo de fuentes*, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El

intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

La incorporación de principios generales de protección mínima del consumidor en el Código Civil refuerza así la recuperación de la centralidad del Código en relación con el sistema de fuentes, y de su papel de punto panorámico, desde el cual el juez puede observar la globalidad de los niveles normativos y perfilar coordinadamente las consecuencias aplicativas. Si se toma en particular la problemática de las relaciones de consumo, se observa que al respecto opera una pirámide de fuentes en una escala de graduación compuesta por:

- a. los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución;
- b. los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código;
- c. la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

Lo que viene de expresarse denota una coherencia con las pautas orientativas del empleo del sistema de fuentes a que se hizo referencia más arriba.⁵⁷

9.2. DEFINICIÓN DE CONTRATO Y DE RELACIÓN DE CONSUMO

La Comisión entiende que la regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, se vincula con lo que se entiende por relación de consumo.

Señala la Comisión que un carácter diferencial del contrato de consumo respecto al contrato en general aparece claramente en relación con el proceso de formación del consentimiento.

Entendemos que puede darse una explicación más radical. La diferencia en la formación del consentimiento explica la distinción (más arriba explicitada) entre contrato paritario y contrato de adhesión.

Sin embargo, aquí la Comisión propone la consagración legislativa de una categoría distinta de la del contrato en general (comprensiva esta categoría del contrato paritario y del

⁵⁷ Una posición que atribuye función similar al título preliminar del Código Civil es sostenida en el Uruguay por BERDAGUER. Véase Jaime BERDAGUER, "Constitución y derecho civil", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XL, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 611 ss.

contrato de adhesión). No hay duda de que, desde el punto de vista formal, el Anteproyecto separa el contrato paritario en general del contrato de consumo en general. Sin embargo, es menester encontrar un elemento claro que distinga esta categoría —que fragmenta la categoría general del contrato— desde el punto de vista material. Señala GABRIELLI que es necesario encontrar una justificación teórica a la disciplina de las relaciones de consumo.⁵⁸

Buscando ese elemento, tal vez sea posible señalar que el rol del consentimiento, en esta nueva categoría de contrato, es menor que en el contrato paritario, aun cuando este haya sido contraído mediante condiciones o cláusulas generales.

Bajo ningún concepto se puede afirmar que el consentimiento se considera irrelevante. Sin embargo, la norma focaliza aquí no tanto la cuestión del consentimiento, sino de la relación. Según la Comisión, la definición es amplia, ya que se define como *relación* de consumo, que comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales.

Ya en la década del sesenta del siglo pasado, HERNÁNDEZ GIL había definido como uno de los caracteres del nuevo derecho contractual el de la ruptura de la uniformidad del significado del contrato, afirmando que seguíamos hablando de contrato como si nos refiriésemos a algo siempre uniformemente igual, mientras que, junto con el contrato del Código Civil, iba apareciendo una amplia zona de legislación especial que progresivamente incorporaba a su regulación un contingente más extenso de relaciones de convivencia. Según el autor, la esencial igualdad, justificativa del concepto unitario, se había ya perdido. Los diferentes contratos habían dejado de ser simples tipos o variantes dentro de un concepto genérico, para convertirse en categorías en cierto modo autóctonas. Las diferencias no procedían, como antes, de la diversa realidad material aprehendida en cada contrato, que era compatible con un tratamiento jurídico sustancialmente análogo y orientado hacia iguales fines, sino que concernían intrínsecamente a la propia ordenación jurídica.⁵⁹

La propuesta precursora de HERNÁNDEZ GIL iba en el sentido de concebir a la zona contractual compuesta de dos sectores: uno, en el que predomina la voluntad sobre la norma o, dicho de otro modo, la norma se traduce en una concesión de libertad dentro de ciertos límites, y otro en el que la norma se sobrepone a la voluntad.

⁵⁸ Enrico GABRIELLI y Andrea ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Turín: UTET, 2000, p. 3.

⁵⁹ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “De la antigua a la nueva concepción del contrato”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, n.º 3-4, Montevideo, junio-diciembre de 1967, pp. 520-521.

En ese sentido, siguiendo las definiciones de la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26361, la Comisión esboza a la relación de consumo, donde el papel de la voluntad es mínimo:

Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física 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, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Como puede apreciarse, la norma propuesta focaliza más la relación que el consentimiento. Ocurre lo mismo que en la concepción antigua del contrato: recibe mayor relieve el vínculo jurídico, el elemento objetivo de la relación, *lo contraído*, el contrato *in facto esse*, que el elemento consensual, subjetivo, el consentimiento, el contrato *in fieri*.

Se focaliza el hecho social, la situación jurídica de recíproca colaboración, que funciona como supuesto de hecho de determinadas normas jurídicas, no necesariamente centrado en el fenómeno de la voluntad. Es significativa la expresión de Andrea María AZZARO: *contratti non negoziati*.⁶⁰

Esta apreciación parece consolidarse si se tiene en cuenta la figura del denominado *consumidor expuesto*, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. El ejemplo elegido por la Comisión es el del peatón víctima de un accidente de tránsito con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial, que deja a la figura del consumidor expuesto fuera de la definición general de consumidor, aunque la reproduce al regular las *prácticas abusivas*, ya que en ese caso su inclusión aparece como razonable.⁶¹

⁶⁰ Andrea Maria AZZARO, *I contratti non negoziati*, Nápoles: ESI, 2000.

⁶¹ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 162.

Más allá de la amplitud del ámbito de aplicación de la figura del *bystander*, lo cierto es que la *ratio legis* de la normativa parece exorbitar claramente la cuestión del contrato entendido como consentimiento de partes, para focalizar (sin olvidar totalmente el origen consensual del supuesto) más bien la cuestión de la relación jurídica de consumo.

El consentimiento contractual, aunque no totalmente desplazado, constituye fundamentalmente la ocasión de la relación y de la normativa. No está concebido como fuente de la norma, sino como un hecho social que da pie a la formulación de la norma.

Ello explica que se concluya estableciendo un sistema protectivo que en buena medida prescinde de la decisión propia del individuo, al permitir la intervención judicial aun cuando haya existido consentimiento expreso del consumidor, o aunque el consumidor no haya solicitado la tutela, y admitir la actuación de oficio por parte del magistrado, aspectos estos muy difíciles de conciliar con el concepto de autonomía privada.⁶²

De modo que, en síntesis, puede visualizarse una categoría de contrato de consumo que de contrato tiene bastante poco. El acto de consumo queda despojado de consensualismo, salvo en cuanto al acto desnudo de querer consumir un producto o un servicio a cambio de un precio. El consentimiento es *mínimo*; basta la mera aceptación.⁶³

La intangibilidad de este acto voluntario de consumo no solo no es afectada, sino que resulta reforzada. La intervención protectora, que en el ámbito de contratos de consumo llega a su máxima expresión, no puede cambiar la ecuación económica del contrato. Pero fuera de ese núcleo, la voluntad del consumidor cuenta muy poco. El legislador le otorga protección a su interés como consumidor, independientemente de cuál haya sido su voluntad en cuanto a los efectos jurídicos del acto de consumo.

9.3. CARACTERES ESPECIALES DEL CONTRATO DE CONSUMO

Se consagra, en primer lugar, una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta disposición no es igual a la existente en los contratos en

⁶² La posibilidad de la intervención de oficio del juez en los casos de relaciones de consumo ha sido ampliamente admitida en Europa a partir de los casos *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*. En el Uruguay tal posibilidad es resistida en función del principio dispositivo del proceso civil. La solución planteada por el Anteproyecto resuelve expresamente la cuestión mediante una opción de política legislativa que supone, en nuestro concepto, focalizar el aspecto de la relación más que el aspecto del consentimiento, como se hacía antes de los orígenes de la teoría general del contrato.

⁶³ Jorge GAMARRA, *Neoconstitucionalismo, código y ley especial*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

general, donde la parte que obtiene información a su costo no tiene, por regla general, que compartirla.

En segundo lugar, aparece la regulación de las prácticas abusivas. Conforme lo dicho con relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional, que establece el “trato digno”, de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales. Se aplican normas que tratan de proscribir prácticas abusivas estableciendo los requisitos de trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores; se define la publicidad ilícita, que incluye las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales, y se especifican las acciones de que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

Todos estos caracteres son propios y exclusivos de la regulación del contrato de consumo.

A ello debe agregarse, por supuesto, el régimen de control de cláusulas abusivas, que se aplica integralmente a las relaciones de consumo, con las particularidades del extremo carácter tuitivo que las caracteriza.

9.4. MODALIDADES ESPECIALES

Finalmente, además de la formulación de los principios generales referidos a la relación de consumo, la Comisión propone incluir en el Código Civil algunas normas relativas a modalidades especiales de dicha relación. No se trata de tipos contractuales, en el sentido de esquemas predefinidos que organicen derechos y obligaciones de modo de reducir los costos de transacción de las partes, sino de categorías de contratos construidas a partir de una característica común, que es el celebrarse por medios no tradicionales, propios de la sociedad posmoderna, particularmente de las modernas técnicas de *marketing* y de publicidad, y de la utilización de medios electrónicos, que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo.

De este modo son regulados los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, los celebrados a distancia y los celebrados por medios electrónicos. Respecto de

estos contratos, se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que habitualmente ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

1. El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.
2. La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.
3. El derecho a la revocación.
4. El lugar de cumplimiento es aquel en el que el consumidor hubiera recibido la prestación, y fija la jurisdicción.

9.5. PECULIARIDAD TUITIVA DEL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

9.5.1. Elevado umbral tuitivo

En suma, la regulación de los contratos paritarios y de los contratos de consumo en dos títulos separados determina un régimen totalmente diferente.

En los contratos paritarios, existe consentimiento contractual y se respeta la autonomía de la voluntad. Existe un ámbito de protección en el caso de cláusulas abusivas, que refiere a la forma de manifestación del consentimiento. La cláusula abusiva puede ser anulada porque existe una *gradación menor* de la autonomía de la voluntad que hace presumir que el adherente no consentiría la cláusula abusiva; pero si contra esa presunción el adherente ha negociado y aceptado la cláusula, esta es válida. En los contratos de consumo, en cambio, prevalece la función tuitiva, de modo que la cláusula podrá ser declarada abusiva aun cuando el consumidor la apruebe. Lo mismo ocurre con la aprobación administrativa: nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica si el contrato de consumo es de adhesión o si no lo es, porque la adhesión es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

Como se observa, el nivel de protección en los contratos de consumo, disciplinados en el título tercero, es muy elevado; podríamos decir que presenciamos un caso de paternalismo; pero ello queda reducido a los contratos de consumo, sin posibilidad de que estas normas tuitivas extremas sean extrapoladas al ámbito de los contratos que no son de consumo, sean o no de adhesión, lo que implica también excluir la posibilidad de aplicación analógica de este régimen especialmente tuitivo a los contratos entre empresas, aunque estas sean pequeñas o medianas.

9.5.2. Exclusión del consumo empresarial

Consecuentemente, junto con este elevado nivel de protección, el segundo carácter de los contratos o relaciones de consumo es su definición estricta; queda fuera de este ámbito especialmente tuitivo el denominado *consumo empresarial*.

En la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo, el elevado nivel de protección del contrato de consumo no resulta aplicable a ningún contrato entre empresas.

En cuanto a este tema del llamado *consumo empresarial*, la Comisión ha detectado correctamente que la gran discusión del momento actual en la doctrina general del contrato es si los principios protectores del derecho del consumo son aplicables a las relaciones entre empresas, cuando una empresa grande contrata con una pequeña o mediana empresa. En el régimen propuesto, queda claro que toda empresa queda excluida de la definición de consumidor y, por tanto, no se le aplicarán las normas sobre relación de consumo. Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas podrán obtener una tutela que surgirá del carácter de adhesión de los contratos celebrados.⁶⁴

El derecho argentino vendría así a coincidir con el brasileño, en tanto el Supremo Tribunal Federal ha considerado que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, y la doctrina ha comentado favorablemente esta interpretación señalando que lo contrario borraría toda distinción entre comercio y consumo, lo que terminaría en una generalización que perjudicaría a los más débiles y conduciría a lo que Claudia LIMA MARQUES ha denominado *banalización* del derecho de las relaciones de consumo, que abarcaría tanto que finalmente quedaría sin proteger a quienes realmente merecen la tutela.

Más allá de la discusión teórica sobre si el contrato de adhesión debería ubicarse dentro del concepto de contrato discrecional o paritario (lo cual no parece muy congruente con la idea de que una de las partes posee mayor poder negocial) o junto con el contrato (o *relación*) de consumo, lo cierto es que el Anteproyecto resuelve desde el punto de vista legislativo las dudas sobre el estatuto del consumo empresarial aportando una solución que parece compartible: por un lado, dotar a la pequeña y mediana empresa de un régimen tuitivo en torno a la cuestión de las cláusulas abusivas; por otro, dejar en claro que no le es aplicable al mundo empresarial (grandes, medianos o pequeños sean los agentes) la disciplina tuitiva extrema de las relaciones de consumo.

⁶⁴ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 164.

9.5.3. Restricción del consumidor expuesto o bystander

Otro perfil en el que la Comisión ha propuesto una interpretación restrictiva es el concepto de *consumidor expuesto* o *bystander*. El concepto de *bystander* es incorporado en el Anteproyecto, pero únicamente en referencia a las prácticas abusivas.

Entienden los autores que incluir lisa y llanamente al *bystander* en el concepto de consumidor —que es la solución vigente en este momento en Argentina, según el tenor de la ley 25361—, al “carecer de restricciones, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”. Entiende la Comisión que la incorporación del consumidor expuesto en la definición general de consumidor es producto de “una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general”. En consecuencia, el Anteproyecto toma esta noción amplia de consumidor, comprensiva del *bystander*, únicamente en relación con la cuestión de las prácticas abusivas.

Esta restricción de la aplicación de normas protectivas de la figura del consumidor expuesto, comúnmente denominado *bystander*, es de las cuestiones más polémicas y ha desatado tempranamente críticas al Anteproyecto. En reciente ponencia,⁶⁵ SOBRINO sostuvo que la víctima de un accidente de tránsito es un consumidor, dado que “sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia [...] utiliza [...] servicios [...] como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar”, como decía el artículo 1 de la ley 24240 y ahora ratifica en forma expresa el artículo 1092 del Anteproyecto de Código Civil de 2012.⁶⁶ Según SOBRINO, la víctima de un siniestro o el tercero beneficiario, “también deben ser considerados consumidores (de seguros), dado que el Art. 42 de la Carta Magna, es sumamente explícito, dado que —por un lado— menta a consumidores y ‘usuarios’, y —por otro lado— no solo habla de ‘contratos de consumo’ sino que con gran amplitud se refiere a la ‘relación de consumo’”.⁶⁷ En igual sentido se manifiesta la Ley de Defensa del Consumidor, que no solo hace referencia a la relación de consumo, sino que también —derechamente— sostiene que esta normativa tuitiva se aplica a aquellos que “sin ser parte de una relación de consumo” utilizan los servicios en su beneficio propio o social, y agrega asimismo a “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.⁶⁸

⁶⁵ Waldo SOBRINO, “El Anteproyecto de Código Civil de 2012. Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consideradas consumidores en relación al seguro de responsabilidad civil”, ponencia para las X Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro (Buenos Aires), abril de 2012.

⁶⁶ Waldo SOBRINO, *Consumidores de Seguros*, Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 441 ss.

⁶⁷ Waldo SOBRINO, “Ley de Seguros Comentada. Art. 1.º”, en *La Ley Online*, www.laleyonline.com.ar.

⁶⁸ Fulvio SANTARELLI, “El nuevo régimen de defensa del consumidor”, publicado en *Síntesis Forense. Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, n.º 124, febrero-abril de 2008, p. 18, cit. en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

Así pues, según SOBRINO, las pautas introducidas por la ley 26361, de Relaciones de Consumo, realizan —a grandes rasgos— una división tripartita de los consumidores, a saber:

- quien es parte en una relación de consumo (artículo 1.º, primer párrafo, de la ley 24240);
- quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo utiliza bienes o servicios (artículo 1.º, segundo párrafo, primera parte, de la ley 24240);
- quien no es parte de una relación de consumo, pero “de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” (artículo 1.º, segundo párrafo, *in fine*, de la ley 24240).⁶⁹

Según el autor:

[...] ello avala lo que claramente venía exponiendo Ricardo Lorenzetti (incluso, antes de la reforma de la Ley 26.361), cuando enseñaba que el “tercero beneficiario” de un “contrato de seguro” también debe ser considerado como “consumidor”.⁷⁰

Por ello concluye:

[...] son consumidores de seguros, tanto los tomadores y asegurados, como —asimismo— los damnificados de los seguros de responsabilidad civil (ora de seguros obligatorios, ora de seguros no obligatorios).⁷¹

⁶⁹ En contra: Domingo LÓPEZ SAAVEDRA, quien con referencia al artículo 1.º de la ley 26.361 afirma: “[...] este artículo, si lo aplicáramos literalmente, abriría la posibilidad de que los terceros en los seguros de responsabilidad civil pudieran ser considerados como consumidores, con todos los derechos que la Ley de Defensa del Consumidor le pudiera otorgar a estos últimos, más allá de lo que la Ley de Seguros establece en su normativa, específicamente, en su artículo 118, con toda la distorsión normativa que resultaría de la aplicación de una ley que no ha sido prevista para ser aplicada en el campo del seguro [...]”. Y luego, en la nota 12, agrega: “[...] sostiene ya esta tesis Sobrino, en su reciente trabajo ‘La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios’, en *La Ley*, 2009-D, 1078 [...]”. Domingo LÓPEZ SAAVEDRA, “El Seguro frente a la Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, 10 de junio de 2009, p. 2, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

⁷⁰ LORENZETTI afirma: “[...] el tercero beneficiario: en estos casos también hay discusión, ya que un contrato puede establecer un beneficio a favor de un tercero. Por ejemplo: un contrato de seguro se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado que no ha intervenido en la celebración [...]”. Y agrega: “[...] es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, al ser accesorio de la relación base y siendo esta de consumo, también lo es”. Ricardo Luis LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 89, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

⁷¹ ÁLVAREZ LARRONDO sostiene con referencia a la reforma establecida por la ley 26361: “[...] ahora, el colisionado en un accidente vial podrá cuestionar la validez de un contrato de seguro pactado por el agente activo del accidente, invocando sin más el texto de las cláusulas abusivas contempladas en el artículo 37 de la ley 24.240 y normas reglamentarias [...]”. Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO, “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el derecho de consumo”, en Roberto VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Abril de 2008, p. 32, citado en SOBRINO, “El Anteproyecto...”, cit.

9.5.4. Régimen positivo

La relación de consumo dispara una disciplina diferente en determinadas áreas específicas. En primer lugar, el principio protectorio determina que se imponga el principio de interpretación a favor del consumidor. En segundo lugar, en cuanto al régimen general de la obligación de informar por parte del proveedor, y de la publicidad, cuyo contenido integrará el contrato. En tercer lugar, en referencia a las prácticas abusivas: el proveedor está especialmente obligado a tratar dignamente al consumidor y no efectuar discriminación. Por último, en cuanto al derecho de revocación o desistimiento, pero esto únicamente en cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial del proveedor; de modo que esta última característica no corresponde como nota de la categoría general del contrato de consumo, pero sí como peculiaridad de un tipo de tales contratos, no constituido por la reunión de las notas de una especie contractual, sino por la característica de haberse celebrado fuera del establecimiento, por lo general —pero no necesariamente— mediante mecanismos electrónicos.

10.

FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO: LIBERTAD Y JUSTICIA CONTRACTUAL

Resulta de interés referir, por último, a las consideraciones que hace el Anteproyecto sobre la inclusión genérica de una norma similar al artículo 421 del Código Civil de Brasil, que reconoce la *función social del contrato*. Al respecto, se hace referencia a:

[...] la doctrina italiana, que comenzando por Scialoja, en el siglo XIX, sigue vigente en la concepción de Betti (“Teoría general del negocio jurídico”, pág. 87), para quien el contrato debe satisfacer una finalidad económico-social. Sin perjuicio de otras corrientes, como la impulsada por Giovanni Battista Ferri, Pietro Rescigno o Enrico Gabrielli, para quienes el contrato debe cumplir una función socialmente digna, la cual está determinada por el interés de los propios contratantes, la cuestión de la función social es retomada por autores como Galgano (“El negocio jurídico”, pág. 109), para quien esa función económico social del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil.

Los autores optaron pues, conscientemente, por no incluir una referencia genérica a la función social del contrato, por entender preferible dejar que esta se manifieste en los institutos particulares que la involucran, como el abuso del derecho, la lesión, la buena fe,

etcétera. Ha entendido la Comisión que la *función social* como tal se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justificara incorporar una definición general que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido, por lo que ha considerado que es mejor mantener el sistema de varias disposiciones antes que crear una sola comprensiva de todas ellas.⁷²

De ello deriva lo que consideramos uno de las notas más destacables del Anteproyecto: la conciencia que revelan sus autores del proceso de crisis del derecho privado contractual, del denominado *proceso de descodificación*, de la pérdida de centralidad del Código Civil, sobre todo de su parte general, de la cuestión planteada por las relaciones de los denominados *microsistemas* con la parte general, y particularmente por la posibilidad de extensión analógica de soluciones vigentes dentro de los microsistemas hacia la parte general del derecho de los contratos.

En ese sentido, una nota clara del Anteproyecto es su cuestionamiento de la extensión genérica del denominado principio protectorio o *favor debilis* como principio general del derecho privado. En la visión de la Comisión, dicho principio reconoce un supuesto general, que es que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etcétera. Han entendido los autores que si se incluyera una norma que se refiriera solo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema.⁷³

Se plasma así el modo especial en el cual los autores han vivenciado la confrontación entre los valores de la igualdad y la libertad. Reconocen perseguir una igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables, pero también les preocupa promover un código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

En nuestro concepto, esta compleja articulación de equilibrios entre, por una parte, el principio de igualdad y, por otra, el principio de libertad y de seguridad en el respeto por la autonomía de la voluntad constituye uno de los puntos donde las soluciones propuestas por el Anteproyecto se revelan como un aporte sustantivo al derecho privado contractual contemporáneo.

⁷² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, o. cit., p. 155.

⁷³ *Ibíd.*, p. 22.