

LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:

Graciela Ritto

Resumen

El Proyecto de Código Civil incorpora los contratos de consumo con reglas genéricas que se complementan con las establecidas en las leyes especiales.

De manera que el núcleo de la protección lo establece la Constitución Nacional y el Proyecto y lo complementa y amplía de ser necesario, el derecho estatutario.

Asimismo, el Proyecto consagra los nuevos límites a la autonomía de la voluntad, que privilegian las leyes especiales, sin desconocer dicho dogma al sistematizar específicamente los contratos discrecionales pero plasmando la nueva realidad negocial a través de los contratos de adhesión y de consumo.

Abstract

The Draft Civil Code incorporates consumer contracts with generic rules that complement those provided in special laws.

So the core of the protection established by the Constitution and the Draft and complements and expands if necessary statutory law.

Project also establishes new limits on the autonomy of the will, the special laws that privilege, without prejudice to such dogma specifically

systematize discretionary contracts but actually shaping the new bargaining through adhesion contracts and consumer.

Palabras clave

Contratos de consumo, orden público de protección, límites actuales a la autonomía de la voluntad, débil jurídico.

Keywords

Consumer contracts, public order protection, current limits on the autonomy, weak legal.

La autonomía de la voluntad en los contratos de consumo

El contrato mantiene su vigencia en la actualidad como fuente principal de las obligaciones, a través del surgimiento constante de nuevas figuras contractuales, tal como lo enfatiza Atilio Alterini (Alterini, 1989).

En el mismo orden de ideas, se afirma que frente a quienes sostienen que hay crisis del contrato, la crisis es de sus características tradicionales y no del contrato mismo, que seguirá siendo la principal fuente de las obligaciones y en cuanto a que los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión no sean verdaderos contratos, se considera que lo son y si bien el consentimiento se limita a la aceptación para corregir los efectos están la relativización del principio de la convención ley, la interpretación contra proferentum y la revisión razonable del contrato cuando fuere necesario. (Gregorini Clusellas, 2003).

Señala además nuestro querido maestro que en cuanto a la pretendida crisis del contrato, si la referencia se hace como sinónimo de cambio es obvio que está en crisis, y todo ser vivo que cambia para adecuarse a los tiempos, no sólo sobrevive sino que se vigoriza. (Gregorini Clusellas, 2003).

No menos cierto, es que en la actualidad hay una evidente crisis de la libertad contractual, del derecho que tienen las partes a determinar cómo lo consideren su relación contractual.

El dogma de la autonomía de la voluntad permanece vigente y el problema de la nueva realidad negocial es un problema de medida, es un problema de límites.

Límites que impone el Derecho estatutario, integrado por leyes especiales, que privilegian el orden público de protección en defensa del débil jurídico y que inciden en el Derecho Común y penetran los Códigos.

Es importante recordar que tal como explica Carlos Ghersi, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad representó, desde Roma, una firme evolución en el progreso jurídico, superando el formalismo ritual que los limitaba. (Gheresi, 2011).

Y es en el liberalismo económico – político donde ese principio significa una voluntad creadora, y la base de toda autoridad legítima entre los hombres en términos de Rousseau.

En el mismo sentido y desde el análisis económico del derecho, Carlos Ghersi explica que a la simetría de poder, relación jurídica pre – revolución industrial, que requiere paridad de poder en la formación del consenso, la respuesta del derecho es el contrato de negociación individual o paritaria y a la asimetría de poder económico, propia de la dinámica capitalista, la respuesta del derecho es el contrato de adhesión (arts. 954 y 1071 del CC). (Gheresi, 2011).

No podemos desconocer que aún para la visión liberal e individualista de Vélez Sarsfield, el dogma de la autonomía de la voluntad también tuvo sus límites. Ello así, el artículo 21 del CC prescribe que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

En este orden de ideas, Rousseau decía que la libertad civil está limitada por la libertad general, relativa al bien común.

Posteriormente, la Ley 17.711, en el marco del constitucionalismo social, introdujo nuevos límites a la autonomía de la voluntad: la lesión como vicio de los actos jurídicos (art. 954 del CC), la doctrina de la imprevisión (1198, 2ª parte), la facultad judicial de reducir las cláusulas penales excesivas (656, 2ª parte) y la teoría del abuso del derecho (art. 1071 del CC).

Sin embargo, el dogma de la autonomía de la voluntad sigue vigente en la regulación jurídica, dado que el art. 1143 del CC prescribe que las partes pueden formular los contratos fuera del catálogo de los nominados o típicos.

Y el 218, inc 1º del Código de Comercio regula que los contratos deben ser interpretados conforme a la intención común de las partes.

Por otra parte, el pacto comisorio tácito, que también introdujo la Reforma de Borda, en el 1204 del CC, faculta a una de las partes a resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra.

Pero va de suyo, que la nueva realidad comercial, y la generalización de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por el predisponente y de los contratos en formularios, requieren de nuevos límites que aseguren condiciones más equitativas para el aceptante.

El derecho estatutario ha previsto esos límites, fundamentalmente la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240, la Ley de Defensa de la Competencia, 25.156 y la de Lealtad Comercial, Ley 22.802.

Y en los hechos, el principio protectorio del consumidor, se ha convertido en términos de Alterini, en protección del individuo particular. (Alterini, 1989).

Sin negar la relevancia de dicho derecho estatutario, el Código Civil sigue siendo el epicentro, por lo que nos parece esencial la inclusión de los presupuestos mínimos de esa protección en la Reforma de dicho cuerpo normativo.

Es lo que ha plasmado, el Proyecto de Reforma, distinguiendo tres tipos de contratos a celebrarse:

Los contratos discrecionales (plena vigencia de la autonomía de la voluntad)

Los contratos de adhesión a cláusulas generales predisuestas que activan el principio protectorio

Y los contratos de consumo, en los que rige el in dubio pro consumidor y a cuya regulación en el Proyecto, que celebramos, queremos referirnos.

Y también a los Fundamentos de la Comisión Redactora que con claridad meridiana explicitan la razón de dicha inclusión y sus alcances.

El Proyecto tuvo media sanción en el Senado en noviembre de 2013 y anhelamos su pronto tratamiento por la Cámara de Diputados, ya que consideramos que acerca el Derecho a la realidad social.

La incorporación de los contratos de consumo al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Los contratos de Consumo han sido incorporados en el Proyecto en el Título III del libro III de Derechos Personales (que incluye Obligaciones en

general, Contratos en General, Contratos de Consumo, Contratos en Particular y Otras Fuentes de las Obligaciones).

Nos parece relevante dicha incorporación, dado que en la actualidad el Código Civil actúa como epicentro, alrededor del cual otras normas han tenido que complementar las prescripciones relativas a la responsabilidad en temáticas especiales.

En el caso, dicha inclusión conlleva además concretar en el plano normativo la defensa del débil jurídico que es el problema esencial del derecho moderno en terminología de Joserand. (Alterini, 1989).

La normativa en cuestión es intervencionista o dirigista y se aparta de la Economía de Mercado o libre y de espíritu liberal del Código de Vélez para adherir a la visión social de la economía.

Y ello así, pensamos no podría ser de otra manera, a partir de la masificación de los negocios, y de la generalización de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el oferente que tiene el poder de negociación.

El hecho de que una de las partes tenga menos poder de negociación que la otra puede ser decisivo, el mero consentimiento, cuando las partes se encuentran en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato.

La tutela de consumidores y usuarios es así tratada por la Constitución, por el Código y por el régimen especial de la ley 24.240, pluralidad de fuentes que implican un diálogo de soluciones progresistas.

Fundamentos de la Comisión Redactora designada por Decreto 191/2011 y las consideraciones relativas a los Contratos de Consumo

La Comisión en los Fundamentos del Anteproyecto explica que los contratos de consumo constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

El problema que tuvo resolver la Comisión, en este título, fue cuál sería la extensión de la regulación, en particular, si era adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales

La primera opción no ha sido seguida en la legislación comparada. Si bien hay Códigos que han incorporado reglas específicas, lo han hecho de modo muy limitado.

Hay dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a) 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) La sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema.

Hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Por estas razones, se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:

En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

Ninguna ley especial en aspectos similares pueda 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.

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 pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; 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.

Definición de relación y contrato de consumo en el Proyecto

La regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, depende de lo que se entienda por relación de consumo.

La solución más sencilla es remitir a la ley especial, pero ocurre que la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26.361, ha sido criticada ampliamente por la doctrina en este aspecto.

Por esta razón se adoptan las siguientes definiciones normativas:

Artículo 1092: 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. 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.

En la definición se utiliza el consumo final y se elimina la condición de no tener vínculo con la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que no recepta la ley 24.240 y que había incluido la Comisión Redactora.

La Comisión redactora explicó que la no profesionalidad era más consistente con el derecho brasileño, ya que el Supremo Tribunal Federal consideró que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, ya que lo contrario haría que se borre toda diferencia entre comercio y consumo, y dicha generalización perjudicaría a los más débiles.

También se modifica la ley especial en lo que se refiere a la figura del consumidor expuesto que resultó una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29) que contempla estas prácticas comerciales pero no como noción general.

La LDC actual en lo relativo al consumidor expuesto:

considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

En el Proyecto 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...

La norma, si bien amplía el concepto de consumidor, lo limita a quien se haya expuesto a prácticas abusivas, lo cual aparece como razonable.

ARTÍCULO 1093.- 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.

El Código introduce la noción de contrato de consumo que no está en la ley especial, utilizando las mismas previsiones analizadas precedentemente. En realidad, la noción de contrato de consumo resulta del ensamble de los conceptos de consumidor y de proveedor de la legislación especial con especial énfasis en el objeto del contrato, "la adquisición, uso o goce de bienes y servicios" y en el destino de dicho objeto que es el que caracteriza al concepto de consumidor (el uso privado, familiar o social).

No nos parece, en este caso, muy feliz la redacción, en cuanto a la reiteración de terminología pero si creemos que es muy necesario definir el contrato de consumo, como fragmentación del tipo general de contratos, sujeto al orden público protectorio y por sobre todo reconocerlo como fuente autónoma de las obligaciones, que es el mérito del Proyecto.

En este tipo de contrato, la autonomía de la voluntad, uno de los pilares del contrato clásico, está severamente limitada, al igual que el principio del efecto relativo que en la relación de consumo tiene alcances acotados con la figura del del consumidor expuesto, y de allí la importancia de su regulación específica en el Código.

El in dubio pro consumidor aplicado a la interpretación y prelación normativa y a la interpretación del contrato:

ARTÍCULO 1094.

Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

El artículo consagra que las normas que rigen las relaciones de consumo, la manda constitucional del artículo 42, las que integran la tutela mínima incorporada en el Proyecto de Código y las del derecho estatutario (Defensa del Consumidor, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia) deben interpretarse conforme al in dubio pro consumidor (ya proclamado por el artículo 3º de la Ley 24.240 y por toda la jurisprudencia y doctrina consumeril) y con el acceso al consumo sustentable.

No menos importante, es la introducción de la noción de consumo sustentable vinculada con el medio ambiente que también es objeto de protección del Proyecto.

Recordemos que el consumo sustentable implica asegurar que las necesidades básicas de la comunidad sean cubiertas, eliminando o reduciendo los excesos en el consumo y evitando los daños o impactos nocivos para el ambiente.

ARTÍCULO 1095.

Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

El artículo reproduce textualmente la solución abordada por la Ley de Defensa del Consumidor en el artículo 37 cuando se refiere a la interpretación

del contrato, luego de la enunciación de las cláusulas que se tienen por no convenidas.

Pero destacamos que la regla de interpretación menos gravosa para el consumidor está incluida en la regulación específica de la interpretación de los contratos de consumo en el Proyecto, respondiendo a una concepción sistemática, y en este sentido supera la redacción de la ley.

Capítulo Segundo:

El capítulo Segundo al tratar la Formación del consentimiento propone la regulación de las cláusulas abusivas.

La Constitución consagra el trato digno, y el Código es una implementación de la norma fundamental, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados, dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector cambiante.

En este aspecto se equipara la definición de consumidores a personas expuestas, y se establecen normas generales.

ARTÍCULO 1096.

Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

ARTÍCULO 1097.

Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

ARTÍCULO 1098.

Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

ARTÍCULO 1099: “Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

Se amplía la base protectoria de la ley 24.240 con principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la libertad de la persona, tutela de la libertad de contratar.

La Sección Segunda se refiere a la obligación general de información y al carácter vinculante de la publicidad.

ARTÍCULO 1100.

Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

El artículo 1100 reproduce textualmente el contenido del art. 4º de la LDC. Esta disposición no es igual a la que existe en los contratos en general, donde la parte que obtiene información a su costo, no tiene, por regla general, que compartirla.

ARTÍCULO 1101.

- Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:
- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;
 - b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;
 - c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

La regulación que se propicia es más amplia y sistemática que la de la LDC, y responde a los criterios actuales sobre publicidad para consumidores. Se define la publicidad ilícita incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales.

ARTÍCULO 1102: “Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

Se especifican las acciones de las que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales.

ARTÍCULO 1103: “Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”.

Al igual que en la normativa especial, ley 24.240, se establece que la publicidad integra el contrato.

Asimismo, en el capítulo Tercero se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en las contrataciones de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a

distancia y celebrados por medios electrónicos.

Se los define, se fijan reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que habitualmente ejerce el proveedor.

ARTÍCULO 1104

Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

ARTÍCULO 1105.

Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.

ARTÍCULO 1106.

Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

ARTÍCULO 1107.

Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios

para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

ARTÍCULO 1108.

Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

ARTÍCULO 1109.

Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

ARTÍCULO 1110

Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los DIEZ (10) días computados a partir de la celebración del contrato.

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

ARTÍCULO 1111

Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado

debidamente sobre su derecho.

ARTÍCULO 1112

Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de DIEZ (10) días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.

ARTÍCULO 1113.

Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.

En este capítulo se prevén algunas reglas específicas: el deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado, la vigencia de la oferta durante el tiempo en que permanezca accesible, la comunicación por parte del oferente de la recepción de la aceptación, el derecho a la revocación.

El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción.

La Comisión redactora en los Fundamentos del Anteproyecto explica que las normas completan las existentes en los arts. 32 a 34 de la ley especial (26.361, modificatoria de la ley 24.240) y proveen soluciones a problemas muy concretos señalados por la doctrina.

Nuevamente se sigue la técnica de reglas generales que pueden ser complementadas por la legislación posterior específica.

Nos parece muy importante detenernos en el análisis del capítulo cuarto, último de la Sección de los contratos de consumo, relativo a las cláusulas abusivas que constituyen una de las problemáticas más comunes en las relaciones de consumo.

Cabe recordar que la LDC no habla de cláusulas abusivas, sino que utiliza la expresión “cláusulas que se tendrán por no convenidas” en el artículo 37 referido a la interpretación.

El art. 37 de la LDC prescribe que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños
- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

El capítulo cuarto de los contratos de consumo en el Proyecto contiene reglas generales sobre las cláusulas abusivas y en cuanto a las normas aplicables remite a su texto, a las leyes especiales y a las relativas a contratos celebrados por adhesión.

En todos los casos resulta siempre aplicable la tutela más favorable al consumidor, aclarándose que las cláusulas pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean aprobadas expresamente por el consumidor.

ARTÍCULO 1118: “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”.

ARTÍCULO 1119

Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor

Se define en forma genérica, siguiendo el método utilizado en toda la sección de los contratos de consumo, a la cláusula abusiva, como aquella que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y esta definición se complementa con las que existieran en las leyes especiales (ej: art 14 de la ley 25.065 sobre tarjeta de crédito incluye un listado de cláusulas nulas que son por cierto cláusulas abusivas bajo la redacción del art. 1119.)

También se define la situación jurídica abusiva (art. 1120) diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

ARTÍCULO 1121: “Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

- a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
- b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas”.

ARTÍCULO 1122

Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

Se prescribe que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y otras disposiciones en forma coherente con normas de derecho comparado.

Algunas reflexiones finales

En definitiva el Proyecto distingue en su sistema: contratos discrecionales (en los que está plenamente vigente el principio de la autonomía de la voluntad), contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales y contratos de consumo.

La adhesión es una característica del acto del aceptante que dispara el principio protectorio por vulnerar la autonomía de la voluntad.

La predisposición es una técnica de redacción que en principio nada dice sobre la existencia de abuso (ej: contratos paritarios) y que muchas veces las partes utilizan para reducir el costo de las transacciones.

Cuando se prueba la existencia de un contrato de consumo se aplica el título III, que estamos analizando, sea o no celebrado por adhesión, ya que éste no es un elemento tipificante.

De manera, que se define el contrato de consumo que es reconocido como fragmentación del tipo general de contratos y como fuente autónoma de las obligaciones y por sus especiales características en lo relativo a la limitación de la autonomía de la voluntad, se establece el núcleo mínimo de la tutela en estas contrataciones.

Nos parece esencial el método adoptado por el Proyecto al regular los contratos de consumo con reglas genéricas que se complementan con las disposiciones incluidas en las leyes especiales.

De manera, que el núcleo de la protección lo consagra la Constitución Nacional en su artículo 42, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y lo complementa y amplía de ser necesario, el derecho estatutario.

En este sentido, la inclusión de las relaciones de consumo que tienen raigambre constitucional en el cuerpo del Código revaloriza y refuerza la defensa del débil jurídico que todos anhelamos y que se concreta a través de un sólido entramado normativo: nuestra Carta Magna, el Título III del Proyecto

y el derecho estatutario, recuperando el Código su centralidad.

Y en este orden de ideas, nos parece relevante la ampliación de los derechos del consumidor respecto al trato digno y al respeto a la dignidad de la persona conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos y la regulación de la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales.

Y a mayor abundamiento, se incorpora la definición de la cláusula abusiva aún cuando sea aprobada por el consumidor, considerándola como aquella que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y la situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos, prescribiendo reglas para su control judicial.

De manera, que se supera la dispersión de casos posibles de cláusulas abusivas, propia del derecho estatutario, y se establecen reglas concretas para el control judicial que operan como valla esencial para la parte que tiene el mayor poder de negociación, en la búsqueda dirigida del equilibrio contractual.

El Proyecto consagra así los nuevos límites a la autonomía de la voluntad, que imponen las leyes especiales, sin desconocer dicho dogma al sistematizar específicamente los contratos discrecionales pero plasmando la nueva realidad negocial a través de la regulación de los contratos de adhesión y de los contratos de consumo.

Es la respuesta del derecho a la asimetría de poder, en la terminología de Ghersi que compartimos. (Ghersi, 2011).

Por cierto, no desconocemos otras opiniones, y en este aspecto nos parece importante destacar las consideraciones del doctor Urbano Salerno al preguntarse por leyes nuevas o leyes consolidadas en las vivencias del pueblo

y expresar que el siglo XXI podría ser una buena oportunidad para que el legislador haga las reformas que algunos esperan y otros no desean y proponer reformar e innovar con sobriedad, sin menoscabo a las garantías constitucionales, como lo más razonable, a derecho constante, como se hace en Francia. (Salerno, Marcelo Urbano, 2012).

Y ello, sin desconocer que el autor citado, de una lectura preliminar del texto del Proyecto, sostiene que vulnera el orden familiar (relaciones convivenciales, debilitación del matrimonio, maternidad subrogada, cosificación de los embriones extracorpóreos), arrincona la actividad comercial – empresaria (desaparece el status del comerciante y se eliminan los actos de comercio) y excluye a los bienes intangibles y a los bienes culturales.

Nuestro análisis se ha limitado al régimen de los contratos, con especial énfasis en los contratos de consumo y sostenemos que en este aspecto, el Proyecto logra que el Código recupere su epicentro y supere la defensa del consumidor, para plasmar la defensa del individuo en la práctica negocial del siglo XXI.

La integración normativa propuesta debe concretar la defensa del derecho del consumidor que es un derecho humano.

Bibliografía

Alterini, A. (1989). *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gherzi, C. (2011). *Manual Parte General. Derecho Civil, Comercial y de Consumo*. Buenos Aires: La Ley.

Gregorini Clusellas, E. Proyección del contrato en el siglo XXI. *La Ley 2004 (A)*, 847-850.

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Salerno, M. *Impresiones sobre un nuevo Código*. Miscelánea Jurídica, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, sesión plenaria del 23 de abril de 2012. Recuperado de www.ciencias.org.ar