

LA ALEGADA CRISIS DEL CONTRATO Y LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO

Por Graciela Ritto

Resumen

La doctrina clásica de la autonomía de la voluntad se origina con la secularización del derecho y se vincula fundamentalmente con el individualismo liberal. El reconocimiento de una voluntad libre, dotada de autonomía jurídica, conduce entonces, a garantizar la eficacia de la voluntad individual en el campo del derecho.

En los tiempos modernos, se ha sostenido la crisis del contrato o la decadencia de su soberanía como consecuencia de los cambios sociales, el proteccionismo económico, la delegación de facultades legislativas y la concentración de empresas y capitales.

Sin embargo, el contrato sigue siendo la principal fuente de las obligaciones y el dirigismo contractual, si bien afecta su concepción clásica, responde a la socialización del derecho y a la defensa del débil jurídico ante la masificación de los negocios en la realidad actual y así lo refleja el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Abstract

The classical doctrine of autonomy originates with the secularization of law and is fundamentally linked to the liberal individualism. The recognition of a free will, with legal autonomy, then drives to ensure the effectiveness of individual will in the field of law.

In modern times, the crisis has held the contract or the decline of its sovereignty as a result of social, economic protectionism, the delegation of legislative powers and the concentration of companies and capital.

However, the contract remains the main source of contractual obligations and dirigisme, but affects its classical conception, answered the socialization of law and legal defense weak against the massification of business in today's reality and so is reflected by the Civil and Commercial Code of the Nation.

Palabras clave

Autonomía de la voluntad, crisis del contrato, dirigismo contractual, socialización del derecho.

Keywords

Autonomy of the will, crisis of the contract, contractual dirigisme , socialization of the right.

1. La autonomía de la voluntad

La autonomía, desde el punto de vista etimológico, proviene de las palabras griegas “*auto*” que significa propio o por uno mismo, y “*nomía*”: norma, de modo que autonomía significa una norma o regla de conducta que es dada por la propia persona que se someterá a ella.

Ahora bien, la voluntad implica una potencia del alma, que mueve a hacer o no alguna cosa, por lo que involucra el libre albedrío o libre determinación.

La autonomía privada es un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, puede conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es parte.

Al utilizar la expresión autonomía de la voluntad, se pone énfasis en el propio querer del sujeto, que podrá ser jurídico o bien no serlo, en cambio la autonomía privada pone énfasis en la facultad otorgada por el ordenamiento jurídico en que el sujeto de una norma jurídica es regulado en sus relaciones de derecho.

En términos de Risolía, el orden jurídico procede de la voluntad autónoma pero a la vez el derecho tiende a asegurar esa voluntad inicial del individuo hacia el máximo compatible con la libertad de los demás, exaltando la dignidad del hombre y subordinando el Estado al derecho. (Risolía, 1946).

En realidad, la doctrina de la autonomía de la voluntad se origina con la secularización del derecho y tiene su máxima expresión con el triunfo del individuo sobre el Estado, como consecuencia de la ideología de la Revolución Francesa que se plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Y con la evolución de las ideas económicas, el incremento extraordinario de los negocios y la multiplicación de los contratos, luego se vincula al individualismo liberal y más aún al iusnaturalismo.

2. El consensualismo. Las convenciones como ley para las partes:

Explica Atilio Alterini que la idea de que la forma es la hermana gemela de la libertad y contiene y protege al libre albedrío tuvo expresiones significativas en la complicada ceremonia del nexum mediante formalismos puramente mágicos y exóticos y se fue atenuando en la stipulatio o sponsio y en la nomina transcripticia del codex accepti et expensi. (Alterini, 2008).

El formalismo se diluyó cuando Justiniano aceptó que los contratos se forman por la cosa o por palabras o por escrito o por el solo consentimiento y basta que la respuesta convenga con la interrogación y que haya en cada parte el sentido y la inteligencia de su conformidad.

Así manifiesta, el prestigioso jurista que la teoría del contrato adoptada por los Códigos del siglo XIX siguió esta dirección conceptual considerando a la voluntad humana como eje de la obligación por la cual si alguien queda obligado es porque ha querido obligarse, mediante un proceso evolutivo orientado por el abandono del principio formal.

El sistema tradicional de los Códigos exige el consentimiento para que haya contrato, lo cual impone que el acuerdo verse sobre todas sus cláusulas, tanto las esenciales como las secundarias y por lo tanto no existe contrato cuando no se ha logrado acuerdo sobre alguno de los aspectos del negocio.

En esta línea de pensamiento, cabe recordar que se atribuye a Domat ser el creador de la célebre fórmula: “Las convenciones tienen entre las partes lugar de ley” que recepta el Código de Napoleón.

Risolía afirma que ya en el momento de la codificación se dijo que ella implicaba la garantía de la autoridad de los contratos, de la buena fe que debe reinar en la ejecución de las convenciones y en definitiva de la fortuna de los particulares. (Risolía, 1946).

Esa es precisamente es la esencia del artículo 1197 del Código Civil Argentino: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

La expresión es nítida, dado que las convenciones no tienen el lugar de la ley ni hacen la ley ni son la ley, tan sólo forman una regla privada que obliga como la ley.

Los contratos concluidos con entera libertad deben cumplirse escrupulosamente por las partes, ese es el sustrato ético del artículo 1197 del Código Civil Argentino y del 1134 del Código Civil Francés.

3. Acerca de la caracterización de la crisis del contrato:

La crisis del contrato ha sido señalada por una vasta literatura que refleja el pensamiento y las inquietudes de Ripert, Capitant, Josserand y Morin.

Josserand consideraba que parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha visto crecer en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados. (Josserand, 1933).

Así enfatizaba que de más en más se vive contractualmente y la gama de las categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, la formación se auxilia de nuevos recursos técnicos y la institución en sí alumbró nuevas obligaciones antes ignoradas.

Entonces, se planteaba si sería preciso referirse a una crisis de crecimiento de la que habría de resultar la desromanización del contrato y su adaptación al mundo económico y social del siglo XX.

Sin embargo, Risolía, como Morin, se referían a la decadencia de la soberanía del contrato y manifestaban que la crisis existía sin duda y que la institución se hallaba sometida a un dramático ser o no ser. (Risolia, 1946).

Entonces sostenía que había en la base del proceso una profunda turbación social, política y económica y que la posición individualista crujía y la socialista se robustecía.

Destacaba que la realidad presente del contrato estaba condicionada por el robustecimiento de lo social, fortalecimiento del Estado, la delegación de las facultades legislativas, el proteccionismo económico, la multiplicación de los recursos técnicos puestos al servicio de la universalización creciente de la vida y la concentración de empresas y capitales.

Saravia postulaba que acrecido su número y extendida su esfera de influencia, el contrato mantenía su jerarquía de principal fuente de las obligaciones y tan solo se imponían nuevos conceptos que correspondían a nuevas necesidades y a una distinta realidad. (Saravia, 1943).

En tanto que Risolía consideraba que la crisis de su soberanía no debía ser juzgada a la luz de la multiplicación en número de las relaciones jurídicas personales, deduciendo que entre lo mucho que recibe el nombre de contrato

habría que deslindar que parte efectivamente merece tal denominación y en qué medida la voluntad privada es la que da origen a las obligaciones recíprocas que deben fluir de esa principalísima fuente. (Risolia, 1946).

Va de suyo, que no compartimos su visión apocalíptica y su aferramiento a la estructura clásica individual liberalista porque el derecho es mutable y debe adaptarse a la realidad social que se caracteriza por la negociación masiva y en dicha realidad es esencial la intervención estatal para la protección de los individuos, consumidores y usuarios, pero no podemos soslayar su teoría.

4. La crisis del contrato y el principio de la libertad contractual:

Se dice que la crisis del contrato alcanza tanto a su formación como a sus efectos y repercute en dos grandes principios que rigen la institución en los códigos liberales: la libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo.

El profesor Risolia explicaba que la crisis de la libertad contractual era evidente y traducía la pugna de dos conceptos: el de la voluntad autónoma, consubstanciada con la libertad jurídica y el de la igualdad.

La voluntad autónoma determina la formación el contrato y sus efectos según los axiomas de la doctrina liberal.

La igualdad, la ausencia de lesión, la justicia se traducen, desde esta perspectiva, de la voluntad autónoma.

Pero la realidad contemporánea es otra y ya los códigos liberales toleraban una cierta desigualdad necesaria y hasta un engaño lícito mercantil y proporcionaban remedios para remediarla: rescisión, nulidad o protecciones especiales al menor, al demente, al pródigo y al incapaz.

En la época actual el desequilibrio alcanza límites máximos y la crisis de la libertad contractual sobreviene como resultante necesaria.

No podemos ignorar que el concepto clásico de contrato descansaba sobre una teórica equivalencia de partes y prestaciones y ese equilibrio ha sido roto por la concentración económica que introdujo como forma de contratación, con la excusa de reducir los costos de las transacciones, el contrato por adhesión.

Risolía enseñaba que para restaurar dicho equilibrio se aconsejaba recurrir a: 1) la asociación u organización sindical de los débiles que así robustecen sus fuerzas. 2) la intervención lisa y llana del Estado que en mérito a principios de asistencia social, de policía, de costumbres, de salubridad proporcionaba las cláusulas necesarias del estatuto, decretaba la nulidad de otras u imponía responsabilidades objetivas.

Añadía que la jurisprudencia cumplía su parte en la revisión del viejo principio de la libertad contractual, haciendo uso de la teoría de la causa y del acto lícito y cautelosas aplicaciones de las teorías del enriquecimiento sin causa, de la lesión y del abuso del derecho.

No creemos que la libertad contractual sea un viejo principio y tampoco compartimos que esa libertad sea la de los poderosos que imponen unilateralmente el contenido contractual.

La asociación en organizaciones de débiles (de usuarios y consumidores) ha sido una de las importantes conquistas del siglo XX y en nuestro derecho tienen reconocimiento constitucional.

La intervención del Estado ha devenido en necesaria e ineludible y en nuestro país se plasmó primero en el derecho estatutario (leyes de defensa del consumidor, de lealtad comercial y de defensa de la competencia) y ahora y lo

celebramos, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que regula los contratos de consumo y las cláusulas abusivas y trata especialmente como a una modalidad del consentimiento, y no como a una clase de contratos, a la adhesión.

Ello, sin desconocer, a los contratos discrecionales, en los que tiene plena vigencia la autonomía de la voluntad y por ende la libertad contractual.

5. La crisis del contrato y el principio de su fuerza obligatoria:

Volviendo a la teoría del profesor Risolía, la crisis de la fuerza obligatoria del contrato se vinculaba con la intervención creciente del legislador que lo revisaba y a menudo cancelaba las obligaciones a que daba origen y a la intervención del juez que a la par que extendía sus facultades de interpretación, derivaba con frecuencia en una dialéctica sutil para desligar al contratante.

En esa línea de ideas, expresaba que por vía de la ley se ponía en trance de gran inseguridad a las relaciones privadas, diluyendo esa confianza recíproca que es la esencia de todo tráfico contractual sostenido.

Resaltando la trascendencia de nuestro derecho estatutario, reconocemos también que las leyes de emergencia económica desde 1990 hasta nuestro días, han afectado el tráfico contractual con especial énfasis, en el de las inversiones extranjeras.

El profesor, creía que también la jurisprudencia había contribuido en nuestro país al crepúsculo de la fuerza obligatoria del contrato, reduciendo a justos límites la tasa del interés pactado, arriesgándose en aplicaciones más o menos medrosas de las teorías de la imprevisión, de la lesión, del enriquecimiento sin causa.

6. La evolución técnica del contrato:

Risolía señalaba como uno de los caracteres esenciales de la evolución técnica del contrato: la tendencia a simplificar su formación que conllevaba la disminución evidente en el papel que juega la voluntad privada y en una derivación sensible hacia el consentimiento formulado por adhesión y las formas colectivas del contrato moderno.

Se habla de la desindividualización del contrato, de su standarización y del carácter reglamentario de sus formas comunes.

En dicha concepción, la evolución técnica del contrato se refería a ciertos fenómenos típicos:

- La simplificación de su formación
- El consentimiento expresado por adhesión
- El desarrollo de las formas colectivas
- El incremento del contrato entre ausentes
- La disociación y mayor autonomía de la oferta y de la aceptación, ajustadas a nuevas modalidades
- La pre- redacción del estatuto
- el carácter reglamentario del contrato, traducido en fórmulas que sustituyen a la deliberación individual
- la aparición de nuevas especies o el trastorno de otras ya conocidas

En definitiva, el contrato se asemeja a la ley y a veces el contrato es adelantado por la ley misma que redacta el contrato tipo (leasing, fideicomiso).

7. El dirigismo contractual:

Josserand ha sistematizado toda una caracterización de lo que él llama el contrato dirigido. (Josserand, 1933).

El dirigismo contractual es el reflejo de nuevas concepciones políticas, caracterizadas por el fortalecimiento del Estado y su intromisión creciente en los acuerdos elaborados por los particulares.

Está profundamente unido al proceso de intervención legislativa o judicial pero no se trata de la intervención normal y frecuente.

Josserand explicaba que el dirigismo, resultante de los poderes públicos, viene del exterior y se concretaba en una serie de medidas legislativas, permanentes o transitorias que mueven a calificarlo de más destructivo de la autonomía de la voluntad, más anticontractual.

Aclaraba que en su mérito, el dirigismo actuaba sobre la formación de los contratos, concretándose entonces, principalmente, en una intervención a favor de la parte que se reputa débil o sobre los efectos, en cuyo caso resultaba alcanzado el principio de la fuerza obligatoria por el camino de una cancelación, reducción o extensión de las obligaciones pactadas.

Así, afirmaba que la intervención del legislador, podía ser comprensiva en cuanto a la formación y expansiva en cuanto a los efectos del acuerdo privado.

Junto con el principio de la fuerza obligatoria cedía el principio de la relatividad de las convenciones, no sólo en virtud de la extensión extraordinaria que cobraba la estipulación por otro (contrato colectivo) sino también porque el legislador y el juez enriquecían el contenido del acto con obligaciones que nadie sabría deducir de su texto.

El dirigismo contractual tiene entonces, su origen, en la ley o en la jurisprudencia.

El juez enriquece el contenido obligatorio del contrato apoyándose, como ha ocurrido, entre nosotros, sobre el artículo 1198 del Código Civil.

Consecuentemente, al calificar los contratos, apreciar el orden público, la moral y las buenas costumbres, decidir sobre la causa lícita, el enriquecimiento sin causa, los vicios del consentimiento, o atender a la lesión, la imprevisión y el abuso del derecho – cuando le está permitido – el juez opera sobre el acuerdo de los particulares, con una latitud de poderes que basta para concentrar el dirigismo contractual.

En síntesis, decía Josserrand que un régimen de reglamentación, de control ha sucedido al reino de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual y que la concepción del proteccionismo tendía a sustituir la de libre cambio.

Resaltaba, entonces, que el individualismo revolucionario quedó atrás y el derecho nuevo realiza una socialización al mismo tiempo que una publicisation del contrato.

Evaluaba que el proceso tenía su pro y su contra, y resultaba de él un contrato menos contractual y un contrato cuasi obligatorio.

Sin embargo, entre el inventario de beneficios se suele incluir: el restablecimiento del equilibrio entre las partes, la aparición de nuevas figuras contractuales, la mayor publicidad del acuerdo, la más fácil obtención de justicia concreta en cada caso, el enriquecimiento de su contenido obligatorio, sirviendo a propósitos de interés social y al bien común.

Se ensalza al dirigismo en cuanto puede considerárselo moralizador, benefactor, distribuidor de justicia.

Josserand defiende al dirigismo en cuanto reestablece el equilibrio roto entre las partes y la protección de los débiles.

8. Límites a la autonomía de la voluntad en el Código Civil vigente y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:

Es oportuno recordar 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.

El efecto de las disposiciones de orden público es limitar el alcance de la autonomía de la voluntad y la aplicación de la ley extranjera (arts. 14 inc. 2° y 21, CC), determinando la nulidad del acto jurídico que lo violente. (Gregorini Clusellas, 2004).

La calificación corresponde al legislador, pero el juez puede inducir ese carácter mediante una interpretación sistemática y contextual del orden jurídico, y revisar la calificación legislativa en caso de considerarla inconstitucional.

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.

Y a mayor abundamiento esos límites están presentes en el nuevo Código, ya que el Art. 12 prescribe que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”, el Art. 10 contempla el Abuso del derecho, el Art. 331: la Lesión como vicio de los actos jurídicos, el Art 1091: la Teoría de la Imprevisión y los Arts 1087 y 1088, el pacto comisorio tácito.

Pero es indudable, que la nueva realidad negocial, 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.

En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula en su 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”.

Se incorporan así, otros límites a la autonomía de la voluntad: la ley y la moral, sin dejar de reconocer su esencia en la libertad de contratación.

El artículo 958 recepta expresamente, los dos aspectos de la autonomía de la voluntad, la libertad de conclusión (de elegir al cocontratante) y la libertad de configuración (de determinar cómo las partes lo entienden, el contenido de la relación contractual).

La ley como límite, es como mencionamos precedentemente, una de las características del dirigismo contractual, entendido en su aspecto benefactor, como socialización del derecho.

Ese límite está presente en la obligación de contratar el seguro de responsabilidad civil para los conductores de automotores, como función tuitiva.

Otras manifestaciones, constituyen a nuestro criterio, los artículos 959 y 960:

ARTICULO 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”.

ARTICULO 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.

Ello así, el efecto vinculante de los contratos puede dejarse sin efecto en los supuestos en los que la ley lo prevé y de igual modo, los jueces pueden modificar las estipulaciones contractuales a pedido de parte, cuando lo autoriza la ley, o de oficio si está afectado el orden público.

En síntesis, la autonomía de la voluntad no fue un dogma absoluto ni aún para Vélez y hoy está supeditada a nuevos límites que responden a la actualidad comercial pero tampoco es un espacio residual sino que conserva su carácter ontológico en los llamados contratos discrecionales del nuevo Código.

9. Los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas

Por otra parte el nuevo Código Civil y Comercial incorpora en la Sección Segunda del capítulo 3, Formación del consentimiento, la regulación de los contratos de adhesión, en los artículos 984 a 989.

La adhesión es una modalidad del acto del aceptante, hay una menor gradación del principio de la autonomía de la voluntad que activa el principio protectorio, pero no es una clase especial de contrato.

Sin lugar a duda, es la forma masiva de negociación en la actualidad, y a esa asimetría de poder económico en ella presente, en términos de Ghersi, la respuesta del derecho ha sido y lo celebramos la regulación incorporada en el nuevo Código. (Ghersi, 2011).

Es sabido que la ley de Defensa del Consumidor, incluye a los contratos de adhesión en el artículo 38: “Contratos en Formularios o similares” y establece

que la autoridad de aplicación deberá vigilar que no contengan cláusulas ineficaces en los términos del art. 37 de dicho cuerpo normativo.

El Código define a esta modalidad del consentimiento en el artículo 984 y en el 985 establece los requisitos de las cláusulas generales predispuestas, cuya redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible, teniéndose por no convenidas las que reenvían a textos o documentos que no se han entregado a la contraparte del predisponente en forma previa o simultánea a la conclusión del contrato. (vulneración del principio de buena fe contemplado en el art. 37, 2º párrafo de la LDC).

El artículo 986 establece que las cláusulas particulares son las que negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general y en caso de incompatibilidad prevalece la cláusula particular.

El 987 recepta un principio de interpretación consagrado por la CSJN: las cláusulas generales predispuestas se interpretan en sentido contrario al predisponente.

La Corte Suprema ha aplicado la regla "contra el predisponente" desde hace muchos años (CSJN, 15/12/1998, ED, 181 - 325); así ha resuelto que en caso de duda respecto de cláusulas contractuales predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con él o contra el autor de las cláusulas uniformes (CSJN, 16/4/2002, LA LEY, 2002 - C, 630)

Es a nuestro juicio muy importante, la inclusión de las cláusulas abusivas del art. 938 como fórmula abierta, “estándar objetivo en el lenguaje de la Comisión redactora”, atento su regulación dispersa en la legislación especial.

Así como la aplicación de todo lo dispuesto para el consentimiento por adhesión o “asentimiento” en el análisis de Ghersi, al capítulo 4, relativo a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo (art. 1117 del Código Civil y Comercial), existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes. (Ghersi, 2015).

Art. 1117: “Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”

Y finalmente, se establece para los contratos celebrados por adhesión, que la aprobación administrativa no obsta el control judicial (aprobación que puede ser ex ante en el caso del contrato de seguro o ex post en los contratos de consumo.)

Art. 989: “Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

10. Contratos de consumo

Por otra parte, el Título III regula los contratos de consumo, incorporando el concepto de contrato de consumo, como aquel celebrado entre un consumidor o usuario final con un proveedor (persona humana o jurídica que actúe profesional u

ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada) que tenga como objeto la adquisición, uso o goce de bienes o servicios para uso privado, familiar o social.

Y se consagra así en el art. 1094, el in dubio pro consumidor del art. 3° de la ley 24.240 y consecuentemente en caso de duda sobre la interpretación del Código (art. 966- Prelación normativa) o de las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

En el mismo sentido, se adopta el favor debilis en el art.1095, por lo que el contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor.

Se suprime la figura del consumidor expuesto del art. 1° al definir la relación de consumo por considerarla una translación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil en su art. 29 (aunque dicho Código la recepta en el art. 17) y se incorpora la del consumidor expuesto a prácticas comerciales abusivas en el 1096 que si tiene su fuente en el art. 29 de dicho Código.

Se reitera el tratamiento del trato digno de raigambre constitucional pero con una significación concordante con los tratados de derechos humanos y se introduce el trato equitativo y no discriminatorio que altera la garantía constitucional de igualdad y los principios de la ley 23.592

El intervencionismo estatal ineludible en este caso de vulnerabilidad de una de las partes contratantes, garantiza la libertad de contratar y la información cierta, detallada y gratuita al consumidor.

Al mismo tiempo se prohíbe la publicidad engañosa o abusiva en el art. 1101 cuya fuente es el art. 37 del Código de Defensa del Consumidor y se le otorgan acciones al consumidor para solicitar el cese de la publicidad ilícita

Es de resaltar, la regulación relativa a la publicidad, ya que en nuestro derecho sólo contábamos en este aspecto, con lo dispuesto el art. 9° de la ley de Lealtad Comercial y con el art. 81 de la ley de medios audiovisuales 26.222.

Se reitera también que la publicidad integra el contenido contractual tal como lo dispone el art. 8° de la LDC.

El Capítulo 4 del Título Tercero al referirse a las cláusulas abusivas vincula los contratos de adhesión y de consumo, al disponer que se aplican los arts. 985 al 988, haya o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes, en el art. 1117 y en el art. 1118 al tratarse el control de incorporación, se prevé que una cláusula puede ser declarada abusiva, aún cuando sea negociada individualmente.

Se define la cláusula abusiva, como aquella que aún siendo negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto, provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y la situación jurídica abusiva que lleva al mismo resultado a través de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Y para concretar la defensa del consumidor, se prevé el control judicial de las cláusulas abusivas que se tienen por no convenidas y la aprobación administrativa no obsta dicho control.

Y se hace extensiva en el art. 1384 del capítulo 12 del Título IV, Contratos en particular, la normativa del Título III Contratos de Consumo, a los contratos bancarios con consumidores y usuarios, en los términos del art. 1093

Así se prevén en el 1385, las características que debe reunir la publicidad en dichos contratos que debe ser clara, concisa y con un ejemplo representativo de las operaciones propuestas (incluyendo montos mínimos y máximos de las operaciones, tasa de interés y si es fija o variable, costo financiero total en las operaciones de crédito, existencia de eventuales servicios accesorios y duración propuesta del contrato).

Se establece la obligación de la redacción por escrito y la entrega de un ejemplar al consumidor y la obligación del Banco en el caso de rechazar una solicitud de crédito, de informar en forma inmediata y gratuita al consumidor el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

La normativa dispersa en las diferentes Comunicaciones del BCRA, en especial en la Comunicación "A" 5685, de Protección de los usuarios de servicios financieros adquiere jerarquía y centralidad y se complementa con la consumeril.

Y en los contratos de adhesión y de consumo, la mayor regulación y límites responden a la necesidad de equiparar las prestaciones y a la socialización del derecho.

11. Algunas reflexiones finales

Hemos decidido encarar la problemática de la alegada crisis del contrato, que consideramos no es tal, porque la discusión tiene plena vigencia y adquiere nuevas proyecciones con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es en el liberalismo económico – político donde el principio de la autonomía de la voluntad significa una voluntad creadora, y la base de toda autoridad legítima entre los hombres en palabras de Rousseau.

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). Y 985 a 989 en el Código Civil y Comercial de la Nación.

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, 2004).

Señala así, 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, 2004).

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.

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.

El nuevo Código Civil y Comercial ha regulado esos límites y ha plasmado la sistematización jurídica de los contratos, clasificándolos teniendo en cuenta la mayor o menor gradación de la autonomía de la voluntad en:

Contratos discrecionales (plena vigencia de la autonomía de la voluntad)

Contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas, que constituyen una modalidad del consentimiento, y que activan el principio protectorio.

Contratos de consumo, en los que rige el in dubio pro consumidor

Y en los hechos, el principio protectorio del consumidor, se ha convertido en términos de Alterini, en protección del individuo particular, y ello se refleja en el Código Civil y Comercial. (Alterini, 1989).

Podemos afirmar, prima facie, que el contrato no está en crisis, ni ha decaído su soberanía y que la crisis afecta el concepto clásico de la autonomía de la voluntad y como consecuencia de ello, el derecho elaboró las herramientas jurídicas adecuadas para reestablecer el equilibrio entre las partes que era propio de la concepción económica liberal.

Frente a la desigualdad, y a la crisis de confianza, como dice Julián Jalil, resulta necesaria la intervención estatal, del legislador y del juez, la socialización del derecho para garantizar la igualdad y la equidad.

Esa ineludible intervención estatal es la que plasma el nuevo Código Civil y Comercial al incorporar los contratos de consumo, cuyas reglas implican un transvasamiento a toda la teoría general del contrato.

Y el espíritu de esa necesaria intervención conlleva también establecer los principios generales que dirigen la contratación por adhesión como modalidad del consentimiento, que se aplican asimismo a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Y ello sin desconocer, que en los contratos de consumo, a los que nos hemos referido anteriormente, se han eliminado algunos derechos consagrados por la legislación y la jurisprudencia (la figura del consumidor expuesto del art. 1º de la LDC, el plazo de prescripción de las acciones judiciales, más favorable al consumidor del art. 50 de la LDC) y se han introducido límites a las cláusulas

abusivas en el art. 1121 con los que no coincidimos, esencialmente el relativo a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado). (Ritto, 2014).

Pero aún así, el Código que refleja la constitucionalización del Derecho Privado, ha recuperado el epicentro, y se transforma en la fuente que ilumina a las otras, y concreta la socialización del contrato en los tiempos actuales, superando las apocalípticas visiones de la crisis de su soberanía.

12. Bibliografía

Alterini, A. Los pilares del contrato moderno. *La Ley*, 2008(C), 130.

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

Jalil, J. Ni crisis del contrato, ni crisis de la voluntad: la crisis de la Confianza. *RCyS 2010(I)*, 82.

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

Gherzi, C; Weingarten C. (2015). *Manual de Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: La Ley.

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

Josserand, L. (1933). Le contrat dirigé. *Dalloz Hebdomadaire*, 89.

Ritto, G. Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *Ratio Iuris. Revista de derecho Privado de la UCES*, 2014.

Risolía, M. (1946). *Soberanía y Crisis del Contrato*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor.

Saravia, J. (1940). El contrato. La crisis de sus postulados clásicos y el Proyecto de Reforma. *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 18.