

Renovación de la teoría del contrato e interacción con la legislación de consumo

Eduardo Luis Gregorini Clusellas¹

Resumen

Se destaca la proyección del contrato en sus aspectos esenciales como la autonomía de la voluntad, el consentimiento, el efecto relativo o la convención ley. Se señala el surgimiento constante de nuevos contratos, la unificación del derecho privado y la armonización internacional, la consagración de renovadas modalidades, nuevas formas, el crecimiento del orden público, los nuevos criterios de interpretación, la equidad y su rol preponderante, al igual que la buena fe. Asimismo se observa la mayor relevancia de la costumbre y la reafirmación del derecho estatutario. Paralelamente se analizan las vigorosas características del derecho de consumo, proponiendo reflexionar sobre la interacción entre el derecho clásico y el de consumo en el avance del derecho como un todo hacia su objetivo esencial de justicia.

Palabras claves: contrato, derecho privado, derecho de consumo.

Abstract

Renewal of contract theory and interaction with consumer legislation

The article emphasizes the relevance of contract in its essential aspects as will autonomy, consent, and relative effect or law convention. It points out the constant emergence of new contracts, unification of private law, international harmonization, the rise of renewed modes, the growth of public order, new interpretation criteria, equity and its relevant role as well as good faith. At the same time, it is observed the higher relevance of customs and the strengthening of statutory law. The article also analyses the strong characteristics of consumption law and proposes to think over the inter action between classic law and consumption law as law advances towards its essential aim of justice.

¹ Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UBA. Profesor Titular de “Contratos Civiles y Comerciales” en la UBA. Profesor Titular de Posgrado en la Facultad de Derecho en la UBA y UNLZ. Director del Doctorado en Derecho Privado UCES. Jurado de Tesis Doctoral en la UBA. Miembro de la “Comisión Nacional de Juristas” encargada del “Digesto Jurídico Argentino” (Ley 24.967). Director de Derecho Económico. Autor de diversos libros jurídicos y más de cien artículos en revistas especializadas. E-mail: egregorini@estudioegchv.com. areggorini@estudioegchv.com.ar

Keywords: contract, private law, consumption law.

Resumo

Renovação da teoria do contrato e interação com a legislação do consumidor

Destaca-se a projeção do contrato em seus aspectos essenciais como a autonomia da vontade, o consentimento, o efeito relativo ou a convenção lei. Assinala-se o surgimento constante de novos contratos, a unificação do direito privado e a harmonização internacional, a consagração de renovadas modalidades, novas formas, o crescimento da ordem pública, os novos critérios de interpretação, a equidade e o seu papel preponderante, assim como a boa fé. Neste sentido observa-se a maior relevância do costume e a reafirmação do direito estatutário. Paralelamente são analisadas as vigorosas características do direito de consumo, propondo refletir sobre a interação entre o direito clássico e o de consumo, no avanço do direito como um todo no sentido de atingir o seu objetivo essencial de justiça.

Palavras-chave: contrato, direito privado, direito de consumo.

I. Orientación del contrato moderno

La doctrina analiza permanentemente diversas realidades que señalan una tendencia que indica características salientes de la proyección que experimenta el contrato en los comienzos del Siglo XXI. Entre otras realidades señalamos: a) La relativización de los pilares básicos del contrato clásico, entre los cuales identificamos: 1) Autonomía de la voluntad; 2) El consensualismo tradicional; 3) La fuerza obligatoria expresada como convención ley; 4) El efecto relativo. b) Nuevos contratos. c) Unificación del derecho privado y armonización internacional. d) Nuevas modalidades. e) Nuevas formas. f) Expansión del orden público. g) Nuevos criterios de interpretación. El revisionismo. Mayor facultad de los jueces. h) La equidad con su rol preponderante. La razonabilidad y solidaridad. i) La directiva de buena fe. j) La costumbre y su creciente importancia. k) Reafirmación del derecho estatutario.

Haremos referencia a las características señaladas que demostrarán los cambios producidos desde la sanción de nuestro Código Civil mediante Ley n° 340 del 25 de septiembre de 1869, con vigencia a partir del 1° de enero de 1871, o del Código de Comercio del año 1862, el primero producto de la elaboración de Dalmacio Vélez Sarsfield y el segundo del genio conjunto del mismo autor con Eduardo Acevedo.

a) La relativización de los pilares básicos del contrato clásico

1) Autonomía de la voluntad

Fundamentando su rechazo a la figura de la lesión, Vélez expresaba en la nota del artículo 943 “El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes debe hacer irrevocable los contratos”. Siguiendo la misma línea de pensamiento, en la nota del art. 2.513, refiriéndose a la propiedad, con citas de Pothier, Demolombe y Zacharie, afirmó que “...es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa.

Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardará en constituirse juez del uso y toda idea de propiedad y libertad sería perdida”. Eran tiempos en que resonaban como absolutos los conceptos de Rousseau² calificando a la convención “base de toda autoridad legítima entre los hombres” y de Kant expresando que la libertad “es la condición formal de todas las máximas, bajo la cual y solo bajo la cual, pueden concordar con la ley práctica suprema” (Ferrater Mora, 1986, p. 255).

Como derecho incuestionable la autonomía de la voluntad comprendía la discrecionalidad de contratar o negarse a hacerlo, la de elegir con quien contratar y en última instancia decidir sobre la regulación del convenio. Son las libertades que López de Zavalía (1984) denomina de conclusión y de configuración del contrato y comprenden la elección de la forma y la posibilidad de modificar, transmitir y extinguir lo convenido, sincronizando con el cocontratante el ejercicio de estas facultades, siempre preservando derechos de terceros.

En los Códigos de Comercio de 1862 o Civil de 1869, la imposición de contratar aparece en algunas de las ventas del art. 1.324, en el depósito necesario (art. 2.227/2.228 Código Civil) o el transporte ferroviario (arts. 204 del Código de Comercio y Ley 2.873 arts. 24 y 35). Se acentúa en la regulación de diversos servicios públicos³, encontrando su expresión mayor con leyes como la 20.680⁴ “de abastecimiento”, que invocando el orden público económico, faculta al PEN a decidir por los operadores económicos sobre producción, comercialización y precios, llegando a la expropiación y venta de bienes para regular el mercado.

Destacan Alterini y López Cabana (1989) que en el derecho comparado, el código de obligaciones y contratos de El Líbano responsabiliza por conducta abusiva a quien luego de crear una situación que pueda provocar ofertas, se niegue a contratar sin razones legítimas (art. 181). No solo la libertad de rehusarse a contratar es relativizada por la contratación impuesta, sino que la elección del cocontratante tampoco puede ser absoluta, pues no podría ser discriminatoria⁵, como tampoco por su condición puede contratarse libremente con determinadas personas (arts. 1.358/1.362 Código Civil), aplicables a la compra venta y a la permuta (art. 1.490), a la cesión (art. 1.441),

² Rousseau, J.J., *El Contrato Social*. Madrid, Aguiar, 1981, T. 1. Cap. IV. Trad. de C. Bergés, p.10; Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, 2ª ed., p. 59.

³ El caso de los profesionales: Abogados: art. 6, Ley 23.187 y art. 59, Ley 5.177 de la provincia de Buenos Aires, médicos: Ley 17.132, arts. 17 y 19 inc. 2, escribanos: art. 29 inc. B-LON 404; art. 1.324 Código Civil; autotransporte: Ley 12.346, arts. 7, 10 inc. a y 11 y Dec. 27.911/39 art. 65. Los ejemplos podrían multiplicarse pero los indicados señalan la tendencia que destacamos respecto de la cual la Ley 24.240 de protección al consumidor ordena la tendencia.

⁴ Ley 20.680 denominada Ley de Abastecimiento BO 25/06/74.

⁵ Ley 23.592 sobre actos discriminatorios (B.O. 5/09/98, art. 1º); véase asimismo nuestro comentario a fallo: “Las acciones contra la discriminación y la discriminación inversa. Sus límites y riesgos”. LL. 2003-B-970.

a la donación (art. 1.820), a la renta vitalicia (art. 2.073), amén de aplicar a contratos atípicos como el suministro o el estimatorio por ejemplo.

Tampoco el objeto contractual puede decidirse con absoluta libertad, pues los artículos 953 y 21 del Código Civil, en armonía con el art. 19 de la CN, fijan límites que también establecen entre otros, los artículos 19, 502, 530, 542, 564, 792, 794, 795, 1.047, 1.049, 1.082, 1.164, 1.165, 1.166 y 1.659 del Código Civil en su versión original, a los que pueden agregarse restricciones para contratos en particular, como la compraventa (arts. 1.364, 1.374, 1.380 y 1.400 y Código Civil), la locación (art. 1.505 Código Civil), el mandato (arts. 1.918 y 1.919 Código Civil), la renta vitalicia (art. 2.075/2.078 Código Civil), la donación (art. 1.800 Código Civil), la prenda (art. 3.222 Código Civil), etc.

A las restricciones del Código caben agregar las de leyes especiales, como las referentes a venta de lotes en mensualidades (Ley 14.005, modif. por Ley 23.266), de prehorizontalidad (Ley 19.724), de contratos de trabajo (Ley 20.744 modificada por la 21.197), de transporte aéreo (Ley 2.873 y Decreto reglamentario 80.395/39), por agua (regulado por Ley 20.094 complementada por Ley 22.718) y por aire, regulado por el Código Aeronáutico (Ley 17.285, complementado por Ley 17.386), así como las sucesivas leyes de locaciones urbanas (actual Ley 23.091 modificada por Ley 24.808)⁶, de arrendamientos rurales⁷ y las moratorias hipotecarias⁸.

La Ley 17.711 incorporó al Código Civil, institutos como el abuso del derecho (art. 1.071), la lesión (art. 954 2ª parte), y la imprevisión o excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1.198 2ª parte), consagrando como directiva general el principio tutelar de la buena fe (art. 1.198 1ª parte). A través de este proceso gradual, la autonomía de la voluntad absoluta se circunscribió a los contratos entre iguales, que las partes libremente con discernimiento celebraron, pudiendo decidir los distintos aspectos de la contratación.

⁶ En materia de locaciones urbanas se sancionaron sucesivamente leyes de intervención sobre la autonomía de la voluntad, que parten de las 11.156 y 11.157 del año 1923, seguida por la 11.231 del mismo año, que fuera prorrogada por la 11.318 del año 1924. Luego de un período de retorno al código civil, el Decreto 1.580/43 redujo precios y prorrogó plazos, sucediéndole con diversos alcances intervencionistas, la Ley 13.581, el Decreto Ley 2.186/57 y las Leyes 14.821, 15.775, 16.739 (que incluyó la opción de compra del bien locado por parte del locatario), 17.368, 17.607, 18.880, 20.625, 21.342 y la actualmente vigente 23.091 con su modificatoria n° 24.808. En materia de precios, luego de sucesivos congelamientos, el Decreto 1.096/85 dispuso su desagio; las Leyes 25.342/87, 23.680 y 23.747 de diferentes modos los inmovilizó y la Ley 23.928 de convertibilidad los ató al dólar, lo cual la Ley 23.091 había prohibido.

⁷ Ley 13.246 de arrendamientos rurales. Modificada por Dec. Ley 1.639/63, Leyes 17.181, 21.452 y 22.298.

⁸ Se sancionaron las Leyes 11.741 (año 1933), 12.310 (año 1936) y 12.544 (año 1939). Esta última estableció alternativas de reprogramación de las obligaciones con garantía hipotecaria, constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 11.741. Se fijaron amortizaciones anuales a través de un período máximo de 10 años, con fijación de un interés anual máximo de 6% aplicable si no hubiese tasa convenida. Ley 12.544 de liquidación de moratoria hipotecaria, BO 14/10/38, ADLA 1.920/40 p. 814. La jurisprudencia convalidó la moratoria. CSJN: Caso “Hercolano c/ Lanteri de Reshw”, Fallos 136, pp. 161 y 193; “Areco c/ de La Plaza, fallos 72 p. 21; en contra “Horta c/ Harguindegui”, T. 147, p. 47. A su vez, las Leyes 11.689 y 11.703 del año 1933 dispusieron una suspensión temporal de las ejecuciones judiciales.

La reducción de la discrecionalidad contractual llevó a sostener la existencia de una crisis del contrato, cuando en realidad la crisis se ciñó a la autonomía de la voluntad⁹. Culminando el proceso se llega a la sistematización del derecho del consumidor, que tuvo regulación específica con la Ley 24.240¹⁰. Su normativa calificada de orden público (art. 65) aplica exclusivamente a quien se encuentra comprendido en la relación de consumo, que la ley define en su art. 1º, haciendo que a todas las personas en determinadas circunstancias nos comprenda su aplicación. La reforma constitucional del año 1994 sancionó la tutela del consumidor y del usuario a través del art. 42 CN, respecto del cual el siguiente art. 43 reconoce el amparo para garantizar su vigencia.

El “Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio” del año 1998¹¹ sintetizando las modernas tendencias sobre la materia, distingue según los distintos grados de autonomía, entre contratos discrecionales, predispuestos y celebrados por adhesión (art. 899 apartados b), c) y e) reservando para los primeros el efecto de la convención ley (art. 964)¹². Los predispuestos “obligan en general con los mismos alcances”, “...Sin perjuicio de disposiciones especiales” (art. 965), que según las circunstancias podrán atenuar esos alcances. Para los mismos se establecen determinadas estipulaciones prohibidas (art. 968), que se contemplan con más rigor para los contratos celebrados por adhesión (art. 970). Como principio general, “El contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las

⁹ Risolfá, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, ob. cit., p. 59; Larroumet, Christian, *Les Obligations*, París, Económica, 1986, 1ª Parte, nº 136; Diez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1973, p. 258.

¹⁰ Ley 24.240 (ADLA LIII–D, 4.125) fue el fruto de un trabajoso proceso Parlamentario (Revista *Antecedentes Parlamentarios* LL T. 1995, p. 1). EL PEN la promulgó con vetos parciales mediante decreto 2.089/93 (ADLA LIII–D p. 425), fue reglamentado mediante Decreto 1.798/94 del 13/10/94 (ADLA LIV–D, p. 4.525). Las Leyes 24.568 (ADLA LV–E, p. 5.890) y 24.786 (ADLA LVII–B, p. 1.339), le introdujeron modificaciones pero la más relevante provino de la Ley 26.361 sancionada el 12/03/2008 y promulgada el 03/04/2008 por Decreto 565/08.

¹¹ En los fundamentos del “Proyecto de Código Civil Unificado de la República Argentina, Unificado con el Código de Comercio”, edición preparada y coordinada por la Dra. Aurora Besalú Parkinson, presentación a cargo del Dr. Oscar Ameal, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA 1999, se expresa que el denominado dogma de la autonomía de la voluntad o de la autonomía privada, es considerado en Argentina según conclusiones de la XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 1997, “Un principio general de derecho de fuente constitucional”. Coincidentemente citando derecho comparado, se expresa que “en doctrina francesa moderna se le atribuye ser uno de los fundamentos del orden civil” (Cornié), con valor de “principio”, (Carbonier), y se afirma que, “el consentimiento sigue siendo elemento primordial creador de obligación” (Mazeaud–Chabas). Aun admitiendo la existencia de un “flujo y reflujo” en la autonomía de la voluntad (Malaurie–Aynes), y que no “es absoluta”, se sostiene sin embargo que “sigue siendo la regla” y que su titulada crisis, “no se manifestará sin dudas, por una desaparición definitiva de este principio” (Larroumet). Se advierte también que en los últimos años “resulta evidente un rebrote de eficacia”, de ella (Bérnabent). Por su parte, el Consejo Constitucional Francés reiteradamente le ha reconocido el carácter de “principio fundamental”. Coincidentemente se invoca que, la autonomía de la voluntad es consagrada claramente por los Principios de Unidroit, art. 1.1, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (2º), los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 1.102) y el Código Civil de Quebec del año 1.992, (art. 1.379, referente a los contratos discrecionales).

¹² El art. 964 del Proyecto dispone que “los contratos discrecionales obligan a las partes como a la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas supletorias y los usos”.

prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte. Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica” (art. 967). Estos inobjetables principios sobre autonomía de la voluntad y sus restricciones, si bien no los establece la ley vigente con la sistematización depurada del Proyecto, resultan aplicables por imperio de la directiva de buena fe y de las reformas de la ley 17.711. En síntesis, si la autonomía de la voluntad reconocía límites en las versiones originales de los Códigos Civil y de Comercio, con las modificaciones sufridas y las leyes especiales la relativización del principio se ha visto acentuada y la tendencia parece creciente.

2. El consensualismo tradicional

El consentimiento conforma la “declaración de voluntad común” destinada a regular los derechos de las partes y según la definición del art. 1.137 del Código Civil, constituye la esencia del acuerdo convencional. Lo reitera el art. 1.140 cuando refiriéndose a los contratos consensuales expresa que “quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”. En la primera parte de la norma se regula la restricción a la manifestación del consentimiento dispuesta para los contratos formales (arts. 1.140, 1.183, 1.184, 1.185 o 210 del Código de Comercio), así como en el art. 1.141 del Código Civil se exige la tradición como forma para perfeccionar los contratos reales. Consentimiento según definición de la Real Academia¹³ implica coincidir en lo que se siente y quiere respecto de un contrato y tiene manifestaciones reguladas en los arts. 1.144 a 1.159 del Código Civil, que lo configura a través de la oferta y su aceptación, más allá de las alternativas contempladas respecto de la caducidad y retractación de la oferta o de su aceptación. Es evidente que el consentimiento que hace irrevocable los contratos como imaginó Vélez en la nota del art. 943, o siguiendo las formas de manifestación de los arts. 1.144 y siguientes del Código Civil, ha sido modificado por la realidad negocial, más allá de que en nuestra opinión, es su modalidad de expresión la que ha cambiado, más que la esencia del principio mismo. De todos modos, es evidente que el consentimiento para las compraventas internacionales (Convención de Viena ratificada por ley 22.765)¹⁴, difiere del que regula el Código Civil y es sustancialmente distinto cuando se presta en la relación de consumo (Ley 24.240)¹⁵.

La modernidad ha modificado el consensualismo, llegándose a aceptar junto a la voluntad y su autonomía otros factores de atribución de los efectos obligacionales del

¹³ Real Academia Española: “Diccionario de la Lengua Española”, 21ª ed., año 1992, consentimiento: “acción y efecto de consentir”. “Conformidad de voluntades entre los contratantes o sea entre la oferta y la aceptación, que es el principio requisito de los contratos”. Consentir de *cum con* y *sentire* sentir. “Permitir una cosa o condescender en que se haga”.

¹⁴ Ley 22.765 (B.O. 30/03/83), arts. 18, 19 y 24.

¹⁵ Ver nota 12 B.O. 15/10/93. Las condiciones de la oferta y venta están reguladas en los arts. 7 a 10 bis de la ley; si la venta es domiciliaria, por correspondencia o similar, por los arts. 32 a 35 y en todos los casos lesivos o abusivos cabrá integrar los contratos, aplicando los arts. 3 y 37 de la ley.

contrato, entre los cuales se destacan la apariencia, la buena fe o la autorresponsabilidad del agente¹⁶. Esta doctrina afirma que junto al intercambio de oferta y aceptación tradicional regulado por los códigos civiles generadores del “común sentir” del consentimiento tradicional, existen otras formas a las que la ley atribuye similares efectos. Son ellas la contratación por adhesión, en que una de las partes se limita a contratar asintiendo las bases y condiciones elaboradas unilateralmente por la otra, o la relación de consumo, en que la ley impone condiciones contractuales y la publicidad se integra con la conducta previa, o bien la experiencia y las prácticas comerciales, para conformar el consenso de los términos del contrato. Como relación de características especiales se destaca la realización de negocios a través de sistemas resultantes de la evolución tecnológica, en que los supuestos de atribución son la oferta como apariencia y la aceptación como confianza, base del comercio electrónico. En este contexto, los standards de comportamiento racional del contratante medio, se desdibujan ante menores índices de conocimiento sobre la realidad negocial que obligan a revisar los criterios de apreciación. Los mismos basarán su apoyo en la confianza que siguiendo criterios racionales, puede considerarse derivada de la apariencia del sistema. Se entiende que por derivación de la seguridad y confianza en el tráfico, habrá situaciones objetivas a las que la apariencia creada y la actuación confiable autorizan a imputar obligaciones, aun cuando el responsable no las haya establecido expresamente.

En nuestra opinión, el consentimiento como expresión de la voluntad subyace, pero su forma de expresión difiere, exigiendo intensificar la indagación de autenticidad, por lo cual el concepto tradicional debe adecuarse y la normativa jurídica lo regula de acuerdo con las nuevas circunstancias. Es evidente que hoy la compra de boletos de transporte, las reservas de alojamiento en hoteles, la compra de localidades para un espectáculo y aun las mismas compras de productos de las tiendas o supermercados realizadas desde la computadora, implican consentimiento de ambas partes, pero que en su forma poco tiene que ver con la mecánica de oferta y aceptación del viejo código de Vélez.

3. La fuerza obligatoria expresada como convención ley

En el art. 1.197 del Código Civil, Vélez consagra este principio, disponiendo que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma”. Su fuente a través de Marcadé, es el artículo 1.134 del Código Civil Francés, que expresa “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*”. Cotejando ambos textos apreciamos que el autóctono supera en fuerza al modelo, pues según este último las convenciones “tienen el lugar de la ley”, y según el art. 1.197 forman para las partes “una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. La expresada relativización de la

¹⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis, “La Nueva Teoría Contractual” en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pp. 811 y ss.; del mismo autor *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1995; De Lorenzo, Miguel F., *Autoría e imputación en el ámbito contractual*. Buenos Aires, La Ley, 1998-C, p.1.215 y ss.; López Mesa, Marcelo, *La apariencia como fuente de las obligaciones*. Buenos Aires, Rev. La Ley, 9/05/2011, Sección Doctrina.

autonomía de la voluntad permite afirmar la posible revisión de la convención ley, en particular para llevar equidad al negocio jurídico, cuando desequilibrios en la relación de fuerzas permitan abusar de la posición dominante, o el sinalagma genético se desvirtúe como sinalagma funcional. Así la intervención jurisdiccional podrá equilibrar cuando contraten expertos con profanos, o cuando se altere la base del negocio jurídico por modificación sustancial de las circunstancias, dándose por razones de equidad prevalencia al “*rebus sic stantibus*” por sobre el “*pacta sunt servanda*”. El criterio de fines del siglo XIX está expresado por Machado¹⁷, al decir que “Los contratantes forman ley en sus convenciones; siempre que obren dentro de lo que no está expresamente prohibido, tienen absoluta libertad para reglar sus relaciones de derecho. La obligación que engendra todo contrato es preexistente a la ley civil, porque ella ha nacido por decirlo así, de una ley especial que la voluntad de los contratantes antes ha formado –que el hombre puede reglar sus relaciones jurídicas sin intervención de una voluntad extraña es una de las más grandes facultades que puede ejercer como ser libre y consciente”... De todos modos aun en la versión original del Código de Comercio, sobre interpretación de los contratos se dispone en el art. 218 inc. 7º el principio del “*favor debitoris*” para los casos dudosos, en que las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor, o sea en el sentido de su liberación.

Dicho principio según el art. 16 del Código Civil, rige por remisión tanto para las materias comerciales como civiles y su sentido actualizado conduce a la máxima del “*favor debilis*”, más que “*favor debitoris*”, pues los destinatarios de la tutela pueden no coincidir y en algunos casos puede la interpretación ser “*favor creditoris*”¹⁸. Esta máxima de equidad aplica a las relaciones de expertos con profanos, a la relación de consumo (Ley 2.4240) a la laboral entre otras y en general, a las relaciones sobre textos preformulados o de adhesión, para las que la adecuación resulta de la máxima “*in dubbio contra proferentum*”. Los institutos introducidos por la Ley 17.711 en el código de Vélez, como el abuso del derecho (art. 1.071), la lesión (art. 954), o la imprevisión (art. 1.198), así como las posteriores normas sobre relación de consumo (Ley 24.240) y las posibilidades del juez de integrar el contrato lesivo o abusivo (arts. 3 y 37 de la ley) son ejemplos de relativización del principio de la convención ley.

4. El efecto relativo

El principio está establecido en el art. 1.195 del Código Civil, según el cual “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales”... “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”... ni “oponerse a

¹⁷ Machado, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1889, T. III, pp. 528/529.

¹⁸ La directiva 35/2000 del Parlamento Europeo, Consejo del 29/06/2000, en el n° 19 de los considerandos expresa: “La presente directiva prohíbe el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. Cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que el mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dichos abuso”, cita de Brizzio, Claudia, “Globalidad y debilidad jurídica” en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, ob. cit., p. 571.

terceros ni invocarse por ellos sino en los casos de los arts. 1.161 y 1.162 del Código Civil” (art. 1.199 Código Civil). El mismo art. 1.195 establece las excepciones a la transmisibilidad que son: a) Obligaciones inherentes a la persona; b) que resulte lo contrario de una disposición legal; c) de una cláusula del contrato; d) de su naturaleza misma. En su tiempo Machado (ref. nota 19), manifestaba como únicas excepciones al efecto relativo, los concordatos y las estipulaciones a favor de terceros, que estos aceptaran antes de ser revocadas (art. 504 Código Civil). Esta modalidad contractual requiere de tres sujetos, el estipulante, el promitente y el beneficiario. Este último ajeno al acto original, adquiere con la aceptación un derecho autónomo y directo, que puede ejercer contra el promitente u obligado sin intervención ulterior del estipulante¹⁹. La figura aplica entre otros a las prestaciones médicas por medicina prepaga y tiene regulación específica en el transporte a favor de un tercero (art. 165 inc. 1° y 166 Código de Comercio) o el seguro de vida a favor de un tercero (arts. 143 a 148 de la Ley 17.418). Los negocios de “compra en comisión”, o de contratación “por cuenta de quien corresponda”, constituyen ejemplos de esta modalidad²⁰.

Los casos de efectos contractuales sobre personas ajenas a la contratación original son múltiples y extenso sería enumerarlos. A título ejemplificativo mencionamos la acción subrogatoria contemplada por el art. 1196 del Código Civil y diversos supuestos de acción directa, regulados para las locaciones de cosas (art. 1.593) o de obra (art. 1.645), para el mandato en caso de sustitución de mandatario (art. 1.926), en el contrato de trabajo cuando se transfiere el establecimiento (art. 225 Ley 20.794, T.O. s/ Dec. 390/76), en el contrato de seguro cuando se cita en garantía al asegurador con el privilegio a favor del damnificado (art. 118 Ley 17.418), la acción del trabajador accidentado contra el asegurador del empleador (Ley 24.557, art. 39 inc. 3°) o del abogado contra el litigante vencido en juicio (Ley 21.839, art. 49) etc. Otros supuestos son la transmisión de la posición contractual, que se verifica para el locatario cuando se enajena la finca arrendada (art. 1.498 Código Civil), o para el deudor cuando se cede el crédito, (art. 1.444 Código Civil).

El efecto relativo parece desdibujarse en la dinámica de los contratos múltiples, de las subcontrataciones y de los contratos conexos, amén del incremento de casos en que la ley traslada a terceros por equidad o solidaridad, efectos de contratos en que no han sido partes, casos del art. 1.645 del Código Civil, que confiere acción directa contra el dueño de obra, o respecto del productor responsable del bien o servicio contratado por el consumidor (arts. 5, 6, 3, 37 y 40 Ley 24.240 y 10 bis según Ley 24.787). El párrafo final del art. 1° de la Ley 24.240 texto según Ley 26.361 al considerar “asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de

¹⁹ Rezzónico, Juan Carlos, *Rasgos esenciales de la estipulación a favor de tercero*. Buenos Aires, La Ley, 1979-D, p. 725.

²⁰ Fontanarrosa, Rodolfo, en *Derecho Comercial Argentino*, Buenos Aires, Zavalía, 1975, 5ª ed., T. II, p. 102 y ss., cita como ejemplos de contratos por cuenta de quien corresponda, las figuras del seguro por cuenta ajena (arts. 21 y 22 de la ley 17.418) del depósito de mercaderías para quien corresponda en el transporte, (art. 197 del Código de Comercio) y en la compraventa, (art. 470 del Código de Comercio).

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”, legítima a terceros no contratantes, los incorpora a la relación de consumo y desplaza el efecto relativo. Su debilitamiento se enmarca en las nuevas modalidades negociales y la tendencia a proteger al débil jurídico en la contratación. Se procura acercarlo a la igualdad mediante derechos subjetivos fuertes, susceptibles de ser ejercidos ante otros responsables pasibles de obligación, que no son contratantes directos, contra quienes se acciona ejercitando vías procesales efectivas, que la ley reconoce.

b) Nuevos contratos

En los últimos años, la práctica negocial ha generado contratos cuya reiteración el uso ha tipificado y que en algunos casos han desembocado en la tipicidad normativa. Para mencionar los de práctica más frecuente, basta citar los de distribución comercial, concesión, *franchising* y agencia, *factoring*, *underwriting*, de suministro, estimatorio, de turismo, shopping center, *management*, publicidad, *merchandising*, ahorro previo, medicina prepaga, *leasing*, fideicomiso, contratos bancarios y financieros, de tarjeta de crédito, etc.²¹. La nómina es interminable y la proyección es hacia un crecimiento constante de la atipicidad, para atender las cambiantes necesidades del tráfico moderno, generándose nuevas formas, que junto a los contratos típicos de los códigos y los que leyes especiales han regulado, atenderán los requerimientos del tráfico. Aquello no contemplado dará lugar a la creación específica que los usos difundirán y la norma receptorá realimentando un proceso dinámico de acrecentamiento de la atipicidad y por el principio de vasos comunicantes, de los contratos tipificados²².

c) Unificación del derecho privado y armonización internacional

En el orden interno se fortalece la tendencia a unificar el derecho privado, marcada en nuestro país por los Proyectos de los años 1987²³ del PEN y de la Cámara de Diputados del año 1993 y el del año 1998, elaborado por la comisión designada por decreto del PEN 685/95, que resume los antecedentes sobre la materia. La nota de elevación de este Proyecto consagra la doctrina prevaleciente sobre unificación e incorpora los

²¹ El *leasing* ha sido tipificado por la Ley 25.248, el fideicomiso por la Ley 24.441 y el contrato de tarjeta de crédito por la Ley 25.065. Por su parte el Proyecto de Unificación del Derecho Privado del año 1998 tipifica y regula los contratos de suministro (arts. 1.110/20), asociativos (arts. 1.333/7), de caja de seguridad (arts. 1.300/5), de agencia (arts. 1.361/81), concesión (1.382/91), franquicia (1.392/1.403), los celebrados en bolsas o mercados públicos (art. 1.511), así como los contratos transmisivos de derechos, de deuda, de herencia y de la posición contractual (arts. 1.527/1.570), además del *leasing* y fideicomiso que cuentan con leyes especiales que los tipifican, pero igualmente son regulados en el proyecto en sus arts. 1.157/1.174 y 1.452/1.485 respectivamente.

²² El Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 1998, en su art. 914 regula los “contratos atípicos con tipicidad social” en los siguientes términos: “Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración. En subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración”.

²³ El Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Especial de la Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, Astrea, 1987, con consideraciones previas de Horacio Roitman. Este proyecto luego de su sanción por el Congreso fue vetado por el PEN.

más modernos principios sobre contratos, relacionando los antecedentes vernáculos y de derecho comparado sobre el particular²⁴. Esta tendencia se enmarca en la “globalización” regulatoria de los contratos, que en nuestro país experimenta un avance decisivo con la ratificación de la Convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, mediante Ley 22.765²⁵. Elaborada por Uncitral, su incorporación al derecho argentino significó adoptar avanzados principios de derecho comparado en la materia y también una forma de unificación contractual, aunque su aplicación sea específica. Entre sus objetivos figura la uniformidad convencional internacional, para promover el comercio. En el ámbito internacional, encontramos antecedentes que marcan la tendencia a unificar la regulación para espacios que exceden las jurisdicciones nacionales y que señalan la posible “internacionalización” del contrato.

En tal sentido, señalamos el Proyecto de Código Uniforme de Obligaciones y Contratos Franco Italiano de 1927, el Contract Code de Harvey McGregor, quien en 1971 concretó el encargo que había recibido en 1966 de la Law Commission Británica y fue publicado en Londres en 1994. En el prólogo McGregor expresa que el contenido “es una recopilación desde la óptica del Common Law”, basado en su jurisprudencia y con el propósito de aproximar sus soluciones a las del derecho continental. UNIDROIT, difundió en 1994 los “Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional”, elaborados por juristas representativos de los principales sistemas jurídicos mundiales.

La Academia de Jurisprivatistas Europeos integrada por juristas del Common Law y del derecho continental, luego de reunirse en Pavía-Italia, a partir de 1.990 constituyó un grupo de trabajo que elaboró el “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos”, basado en el Código Civil Italiano de 1942 y el Contract Code de McGregor. La primera parte del Anteproyecto fue concluida en 1995, y la segunda en 1997. El Parlamento Europeo encomendó en 1989, al profesor Ole Landó de Copenhague, la redacción del Código Europeo de Derecho Común. Landó trabajó con una comisión de juristas y en julio de 1998, concluyó la versión final de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. En el ámbito Interamericano tenemos la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

d) Nuevas modalidades

Destacamos la contratación en masa sobre condiciones preredactadas mediante formularios o contratos-tipo, que constituye en número la mayoría de los contratos que se celebran, muchos de los cuales son además celebrados por adhesión²⁶. Los contratos discrecionales, que responden a la modalidad tradicional, si bien más reducidos en número son en general los de mayor magnitud económica

²⁴ Ver: Halperín, Isaac y Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Unificación del Derecho Privado: Contratos y Obligaciones. Resolución de los Contratos*. Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 6 y ss.

²⁵ Ley 22.765, BO 30/3/83. ADLA XLII-B, p. 1.258.

²⁶ Véase arts. 899 apartados b), c) y e) y 964 del Proyecto de Código Civil unificado del año 1998 (Nota 14 precedente).

individual. Paralelamente se incrementan modalidades como las de los contratos de participación múltiple, los denominados plurilaterales (UTE Agrupaciones de colaboración, ciertas formas societarias, el de transporte acumulativo, etc.), las diversas formas de subcontratación, los contratos conexos, coligados, de grupos de trabajo, derivados, recíprocos, asociativos, de equipo, o los forzosos o impuestos según la polémica Ley 20.680 de abastecimiento, ciertas leyes de locaciones urbanas y la mayoría de las que regulan servicios públicos, así como los relacionados con algunas profesiones liberales, siguiendo por los de seguros según Leyes 17.418 y 20.091 o de medicina prepaga luego de la sanción de la Ley 26.682 del año 2011²⁷.

e) *Nuevas formas*

La forma por su importancia ha sido calificada como uno de los elementos esenciales del contrato por parte de la doctrina y legislación comparada²⁸. Su trascendencia se asocia a la regularidad o validez del acto, a la eficacia de la manifestación de voluntad, a la determinación de los alcances del negocio jurídico, a su interpretación o ulterior prueba. Hoy las formas entraron en la vorágine del cambio y se intensifica la contratación por ordenadores o por máquinas automáticas y todo hace suponer un camino abierto a las ilimitadas posibilidades de la ciencia y la tecnología. Paralelamente crece la necesidad de regular las nuevas formas, procurando la mayor certeza en la firma digital o bien obligando a seguir formas legales, para tutelar la parte jurídicamente débil de abusos de configuración. Tal el caso de formalismo en la relación de consumo²⁹. Los ejemplos serían muchos, pero lo cierto es que desde aquella formalidad extrema del derecho romano antiguo, en que se contrataba ante el libripens y cinco testigos, o las fórmulas de la “mancipatio” y la “*in iure cessio*”, el derecho privado evolucionó hacia la libertad de formas como principio general (arts. 1.182 y 974 del Código Civil) admitiendo la formalidad como excepción (art. 1.183 del Código Civil). Hoy enumerar las excepciones sería interminable³⁰. Una percepción realista nos muestra un nuevo y vigorizado formalismo, para contrarrestar efectos negativos de la contratación masiva o cibernética y de las fórmulas preredactadas, o por adhesión. Su fin es nivelar el más débil de la relación procurando su información y reflexión, asegurando la autenticidad de su aceptación.

²⁷ Ley 26.682 sancionada el 4/05/2011, promulgada el 16/05/2011 y publicada en el B.O. el 17/05/2011.

²⁸ Así consideran la forma esencial, Llambías J., *Tratado de Derecho Civil*. Parte general, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 395 y ss., T. II; Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1971, p.319, T. II; el art. 1.325 del Código Civil Italiano de 1942; art. 673 del Código Civil Paraguayo de 1987.

²⁹ Ley 24.240, art. 10 sobre contenido del documento de venta; art. 14 sobre certificado de garantía; art. 15 sobre constancias de reparación; art. 21 sobre constancias del presupuesto en la prestación de servicios; art.

²⁴ sobre constancias de la garantía; art. 25 sobre constancia escrita de información al usuario de servicios públicos domiciliarios; art. 27 sobre registro de reclamos; art. 30 bis sobre constancia de deudas; art. 31 sobre reclamos de facturación; art. 32 sobre venta domiciliaria que debe ser leída por escrito; art. 34 sobre notificación de la facultad de revocación; art. 36 sobre constancias en las operaciones de venta a crédito; etc.

³⁰ Desde el punto de vista de la formalidad, los actos jurídicos pueden clasificarse en: a) solemnes absolutos (arts. 1.810 inc. 1º y 2º y 838 del Código Civil); b) solemnes relativos, (los casos de los arts. 1.184 y 1.185 del Código Civil) y c) formales no solemnes (art. 1.193 del Código Civil). En cuanto al contenido mismo de las formas, tradicionalmente fueron: a) el comportamiento vinculante; b) la forma escrita; c) la forma escrita especial (escritura pública); d) las publicaciones o formas de publicidad y e) la registración en registros públicos o privados.

f) *Expansión del orden público*

El orden público por encima de su difícil definición, es de percepción accesible para los especialistas del derecho y sus efectos resultan de los arts. 19 de la CN y 21 del Código Civil³¹, que disponen la vigencia imperativa absoluta de las normas comprendidas. Brebbia³² afirma que la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras caracterizan el orden público como “el conjunto de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico”. El Código Civil en su art. 14 inc. 2º lo asocia con “el espíritu de la legislación de este código”.

El efecto de las disposiciones de orden público, es limitar la autonomía de la voluntad y la aplicación de la ley extranjera (arts. 14 inc. 2º y 21 Código Civil), determinando la nulidad del acto jurídico que lo violente. 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. Observamos un crecimiento de las normas, que conforman o se califican de orden público³³, ellas obligarán a integrar los contratos cuando de su interpretación resulte el desconocimiento de dicha legislación imperativa. Nuestra jurisprudencia ha reconocido que el carácter de orden público de una ley determina su aplicación de oficio, aun cuando no hubiese sido invocada y más allá del principio “*iura novit curia*”³⁴.

g) *Nuevos criterios de interpretación. El revisionismo. Mayor facultad de los jueces*

Junto a la interpretación integradora para suplir “silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15 Código Civil), o para complementar lagunas normativas de los contratos, que son para las partes “regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1.197 Código Civil), va creciendo la integración revisionista del contrato³⁵. La revisión puede ser acordada (las cláusulas de indexación o repotenciación de deudas hoy

³¹ El art. 19 CN establece que el orden y la moral pública son límites de las acciones privadas de los hombres y el art. 21 del Código Civil dispone que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

³² Brebbia, Roberto H., *Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público*, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 89 en *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Dirección: Ameal, Oscar J., Coordinación: Gesualdi, Dora M. El autor hace referencia a las conclusiones sobre el tema del “IX Encuentro de Abogados Civilistas”, Paraná, 1995. Nuestra jurisprudencia ha expresado: “Constituye el orden público económico las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento dado históricamente se asientan la estructura y el sistema jurídico de la sociedad”. Juzg. nº 5 Civ. y Com. Rosario, 26/08/02, Manai María de los A. c/ Iglesia, Trinidad, JA 2.002-IV-642. Desarrollamos el tema en Gregorini Clusellas, E.L., *Derecho de los Contratos*. Buenos Aires, Hammurabi, 2.009, p.189, T. 1; asimismo Borda, Guillermo, *Concepto de ley de orden público*. Buenos Aires, La Ley, T. 58, p. 999 y ss. y SC Mendoza, Sala I 10/06/03 “Triunfo Coop. de Seguros Ltda. En Consolidar AFyP c/ Triunfo Coop. de Seguros Ltda. LL. 2004-A-137.

³³ Podemos mencionar las normas tutelares del consumidor en la relación de consumo (Ley 24.240 art. 65), o las locaciones (Ley 23.091), o la referente al pasajero en el contrato de transporte, (art. 184, Código de Comercio), entre otras la más reciente ley regulatoria de la Medicina Prepaga Nº 26.682, cuyo artículo 28 así lo establece.

³⁴ Cám. Nac. en lo Civil, Sala B, febrero de 2011. Autos “Pasarelli, Marisa P. c/ Disco SA s/ daños y perjuicios” Rev. RC y S, LL. julio de 2011 con nota E.L. Gregorini Clusellas: “El daño resarcible del consumidor accidentado en un supermercado”, en igual sentido Álvarez Larrondo, Federico, *Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la Ley 26.361*. Buenos Aires, 2008-D, La Ley, p. 58.

³⁵ Desarrollamos este tema en Gregorini Clusellas, E.L., *La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales*. Buenos Aires, 1998, LL. B, p. 1200.

legislativamente prohibidas arts. 8 de la ley 23.928 y 7 de la Ley 25.561) o impuesta, resultante del imperium legal, que deja sin efecto toda cláusula contraria al orden público intergrando el contrato con la norma dispositiva correspondiente (locaciones por plazos menores a los de la Ley 23.091, art. 2º, o que excedan los diez años, que concluirán en ese término, art. 1505 Código Civil, o los supuestos del art. 37 de la Ley 24.240).

La revisión impuesta procederá cuando institutos correctivos, como el abuso, la lesión o la imprevisión, sean aplicables a una relación inequitativa y obliguen a su anulación o corrección según corresponda. Este fenómeno muestra la expansión del revisionismo, en virtud del cual cuando las bases del negocio jurídico se vean radicalmente alteradas³⁶ y las circunstancias de ejecución difieran substancialmente de las de celebración, “*rebus sic stantibus*”, provocando el abuso o lesión de una de las partes, cabrá la revisión por el juez a pedido del damnificado o de oficio cuando corresponda y con efectos diversos según el caso. Frente a la vigencia inalterable de lo acordado, que hizo decir a Fouillé, “quien dice contractual dice justo”, se desarrollaron doctrinas, que conceden prioridad a la autenticidad del consentimiento sobre su validez formal y afirman, que cuando lo consentido deja de ser real, el acuerdo debe caer o adecuarse.

En este contexto los jueces tienen facultades y responsabilidades acrecidas que se expresan en la faz procesal y en la ponderación del derecho de fondo³⁷. Vemos la tendencia al crecimiento de la discrecionalidad judicial, cuyo norte al igual que para el pretor romano es consagrar justicia, y su límite la arbitrariedad y la ley. Las facultades derivadas de la última emergencia económica, muestran claramente ese acrecimiento de atribuciones (arts. 11 de la ley 25.561 y 8 del dec. 214/02). En igual sentido, se orientan el Proyecto de Unificación Legislativa del PEN del año 1993 (arts. 1.549, 1.569, 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.579 y 1.596) y el Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998 (arts. 1.586, 1.587, 1.590, 1.593, 1.594, 1.600, 1.619, 1.633, 1.638, 1.640, 1.641, 1.645, 1.683 y 1.689).

h) La equidad y su rol preponderante. La razonabilidad y la solidaridad

Distintas escuelas filosóficas respectivamente identifican al derecho con la norma jurídica³⁸, con la conducta humana en interferencia intersubjetiva³⁹, y con su triple proyección, normativa, sociológica y dikelógica⁴⁰. La prioridad dirigida a la justicia,

³⁶ Diversas teorías fundamentan la revisión. Merecen destacarse la de “la presuposición” de Windscheid; la de las “bases del negocio jurídico” expuesta por Oertmann, integrada luego por Larenz que distingue entre la “base subjetiva del negocio jurídico” y la “objetiva”. A su vez Lehman al desarrollar la teoría expresa los criterios para individualizar los elementos que hacen que una circunstancia sea base del negocio jurídico. Ver nuestro trabajo “Revisión y fortalecimiento del contrato en el mutuo dinerario” en “Revisión y renegociación de las obligaciones”. Suplemento Especial, Rev. LL, Director: Alberto Bueres, Coordinador: Jorge Mayo, p. 51.

³⁷ Morello, Augusto M., *La eficacia del proceso*. Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 87, 2ª ed.; Gozaini, Osvaldo A., *Comentario a la ley 25.488 de reformas al Código Procesal Civil y Com. de la Nación*. ADLA Separata, Boletín nº 3.3 19/12/01. Dicha reforma puede considerarse exponencial del fortalecimiento del rol protagónico del juez como director del proceso en nuestro sistema judicial.

³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Universitaria, 1960.

³⁹ Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, 2º ed.

⁴⁰ Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 267/8 y 279, 6ª ed.

es hoy orientación prevaleciente que se ajusta a la esencia del derecho. La equidad es la justicia aplicada a las circunstancias del caso. Ambos conceptos, tienen una aproximación tan estrecha que resulta difícil distinguirlos⁴¹. Además de la directiva genérica de “Afianzar la justicia” contenida en el preámbulo constitucional, o la referencia expresa incorporada en la reforma constitucional del año 1949 (art. 28), numerosas disposiciones consagran a la equidad como referencia. Podemos mencionar, los arts. 907, 1.069 y 1.638 del Código Civil o el art. 218 inc. 3º del Código de Comercio, entendiéndose que subyace como fundamento de la teoría general de la revisión del contrato, de los efectos de la causa-fin (arts. 499/502 Código Civil), de la reducción de la cláusula penal (art. 656 Código Civil)⁴² o de la sanción del daño moral (art. 522 Código Civil) entre otros. El art. 79 de la Convención de Viena (ley 22.765) al reconocer el “impedimento ajeno a la voluntad del deudor”, se inspira en el principio de equidad. En el derecho anglosajón, históricamente el “*equity*” se desarrolló como un derecho independiente del “*common law*” en su propósito de superar rigideces normativas y de rito de este último, cuando las mismas desconocían el objetivo de justicia. Hoy puede afirmarse que ambos conceptos se han fundido casi totalmente, lo cual no obsta para que continúe vigente como fundamentación, la doctrina y jurisprudencia de equidad desarrollada a través de los años.

Esta identificación de equidad y derecho viene del derecho romano, que definía el derecho como “el arte de lo bueno y lo equitativo”, “*ius ars boni et aequi*”, que Ulpiano resume expresando “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”⁴³. La creciente preponderancia de la equidad en el derecho continental, “universaliza” el derecho de contratos y se asocia con los principios de razonabilidad, que nuestro superior tribunal ha reconocido⁴⁴ y de solidaridad, que expresa la versión actual de la fraternidad e igualdad de la revolución francesa, también sustentadas por las encíclicas papales⁴⁵. A través de la equidad, el incipiente “Derecho Universal”, que reconoce sus fuentes en el derecho romano, actualiza los principios de Aristóteles y Cicerón⁴⁶. Junto con la buena fe conforman los principios rectores para interpretar la relación negocial. Esta tendencia

⁴¹ Brebbia, Roberto H., “La equidad en el derecho de daños” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Homenaje al profesor Atilio A. Alterini y sus citas de Legaz y Lacambra y Recasens Siches, Luis, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 45; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, *Responsabilidad Civil*, Dir. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, Hammurabi, 1992, pp. 188/9; Tobeñas, Gastón, *Diccionario Jurídico Espasa*, p. 380; Recasens Siches, Luis, *Enciclopedia Jurídico Espasa*, p. 380; Recasens Sichesm, Luis, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. X, p. 427 y ss.

⁴² Mayo, Jorge A., “Reducción de la cláusula Penal Excesiva” en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, ob. cit., p. 243.

⁴³ Digesto 1, 2, 10, 1, citado por Arias, José, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Kraft, 1949, p. 19, 2ª Ed.

⁴⁴ CSJN, 10/02/87. LL 1987-B, p. 76, “Martínez, Furer c/ Ed. Atlántida”.

⁴⁵ “*Rerum Novarum*” de León XIII y “*Populorum Progressio*” de Paulo VI, fundamentando como doctrina de derecho la tutela del débil jurídico en líneas generales y en particular del consumidor en la relación de consumo o del trabajador en la relación laboral (art. 63 LCT), entre otros.

⁴⁶ Aristóteles, *Obras Completas. Moral a Nicomaco. IV de la Equidad*. Buenos Aires: Anaconda, Año 1947. Trad. Patricio Azcarate; Cicerón, *De Officiis*, Lib. 1-10.

tiene expresiones en el derecho comparado, como el Código Civil Holandés, cuyo art. 248 ordena seguir “los criterios de la razón y la equidad”, o el art. 712 del Código Civil Paraguayo de 1987, el artículo 1.434 del Código Civil Quebequés de 1992, 1.291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio Uruguayo, entre otros. La más reciente normativa sobre emergencia económica, la consagra al establecer la “teoría del esfuerzo compartido” sobre la base de la equidad, como directiva de solución de las diferencias ante la pesificación dispuesta por los arts. 11, Ley 25.561 y 8 del Decreto 214/03. A su vez el art. 967 de Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998 al regular los alcances de la obligación contractual, finaliza refiriéndose a la equidad, “teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte”.

i) La buena fe

La Ley 17.711 consagró la directiva en el art. 1.198 del Código Civil, expresando “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o debieron entender, obrando con cuidado y previsión”⁴⁷. Tiene una manifestación subjetiva, como buena fe creencia y otra objetiva como buena fe probidad o confianza. La regla de conducta abarca no solo la celebración, interpretación y ejecución del contrato, sino también las etapas precontractuales, en las que se exige un comportamiento leal y un veraz suministro de información y los tiempos poscontractuales, en que la confidencialidad y el secreto profesional se imponen más allá de la extinción ordinaria del contrato, al igual que la obligación de responder por vicios o ruina de las cosas.

Las obligaciones virtuales, como es en algún caso la obligación de seguridad⁴⁸ con sus múltiples expresiones y los deberes secundarios de conducta, que se imponen tanto al acreedor como al deudor, son expresiones de la buena fe. La directiva tiene categoría de principio general del derecho, su ámbito de aplicación excede a los contratos y al derecho privado, correspondiendo también al derecho público. Su vigencia “universaliza” el contrato en tanto que proveniente del derecho romano, aplica “*urbis et orbi*” en el derecho comparado⁴⁹ y en los negocios internacionales⁵⁰, pudiendo afirmarse que al

⁴⁷ Se suprimió innecesariamente el texto anterior que rezaba: “Los contratos obligan no solo a lo que está formalmente expresado en ellos sino a todas las consecuencias que puede considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendido en ellas”.

⁴⁸ Vázquez Ferreyra, Roberto, *La obligación de Seguridad en la responsabilidad Civil y la ley de contratos de trabajo*. Rosario, Vélez Sarsfield, 1988; Gregorini Clusellas, Eduardo L., *La obligación de Seguridad en la relación de consumo y su base constitucional*. Buenos Aires, LL 16/12/2000, Sección Doctrina.

⁴⁹ El Esbozo de Freitas lo consagra en el art. 1.954. El Código Civil Francés en sus arts. 1.134 y 1.135, el Código Civil italiano de 1.942 en su art. 1.374, el Código Civil Peruano, (art. 1.362), el Código Civil para el DF de México, (art. 1.796). El Código Civil Paraguayo, (art. 689), el Código Civil Español, (art. 1.258), el Código Civil Alemán, (art. 242), el Código Civil de Chile, (art. 1.546), el Uniform Commercial Code, Sec. 2-103, el Código Civil Quebequés de 1992, (art. 1.434), etc. Pothier recuerda a Cicerón quien mencionaba el caso de un comerciante que llegaba a Rodas a vender una mercadería a la sazón escasa pero sabiendo que próximamente llegaría al lugar un cargamento importante. Afirmaba que era su obligación impuesta por la buena fe informar a los eventuales compradores para que no pagaran un precio basado en una realidad falsa.

⁵⁰ El art. 7 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (Ley 22.765), dispone que “en la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

armonizar los negocios jurídicos, actualiza el *ius gentium* y su objetivo de hermanar a los pueblos⁵¹.

Se consagra en los distintos proyectos de reforma de la legislación civil argentina⁵² y hoy como realidad no alcanza su reconocimiento iusnaturalista, que es indiscutible, sino que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia más modernas dirigen su esfuerzo para esclarecer e identificar con la mayor certeza las pautas calificatorias de las conductas de buena fe. A lograr esa precisión apunta la tendencia.

j) La costumbre y su creciente importancia

Los usos y costumbres constituyeron fuente regulatoria para el derecho romano. Con los años se marcó una distinción entre el derecho anglo-norteamericano que le reconoció valor como fuente⁵³, y el derecho continental, que por basarse esencialmente en normas escritas le asignaba un significado menor. No obstante en el derecho continental cabía distinguir entre la mayor relevancia para la *lex mercatoria* (arts. 217, 218, 219 y 220 de nuestro Código de Comercio) y el relativo desconocimiento para la ley civil (art. 17 Código Civil)⁵⁴.

La Ley 17.711 le reconoció mayor valor al agregar al art. 17 del Código Civil, como párrafo final asignándole valor regulatorio, "...para las situaciones no regladas legalmente". El acercamiento de lo civil y lo comercial se verificó también en este aspecto, aun cuando en la versión original del Código Civil existieran referencias a la costumbre "regulatoria"⁵⁵. La Ley 22.765, al consagrar la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, reconoció relevancia a los usos y prácticas comerciales. Su art. 9º menciona para regir el contrato, no solo a los usos "convenidos", sino aquellos que "tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes, en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trata". Esta disposición que las partes pueden dejar de lado (art. 6º de la Convención), si no

⁵¹ De los Mozos, José Luis, "La buena fe en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina" en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, ob. cit., p. 629.

⁵² Así establecen el Proyecto de 1936, art. 794, Anteproyecto de 1.954, art. 1.008, el Proyecto de Unificación de 1987 (art. 1.197, 2º párrafo), el Proyecto elaborado por la Comisión designada por el Dec. 468/92, (arts. 898 y 930) y el Proyecto de Unificación del año 1998, que además de establecer el principio como regla general de conducta, (art. 966) define su contenido, (art. 967), lo regula en las distintas etapas del iter negocial, son referencia a sus efectos, a su interpretación (art. 1.023) y a las modalidades en particular, (Caso de los predispuestos: arts. 968 a 970), concluyendo con el tiempo "poscontractual" (art. 1.063).

⁵³ El Uniform Commercial Code impone la observancia de las pautas comerciales de "razonable de buena fe" (Secc. 2-103 (18)).

⁵⁴ El art. 17 del Código Civil en su versión original disponía: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

⁵⁵ En las locaciones, arts. 1.504, 1.627, 1.632 Código Civil, en el comodato, art. 2.268 Código Civil, etc. El Código de Comercio más "costumbrista", lo hacía en diversas disposiciones específicas, arts. 187, 274, 573, etc. además de las normas generales de interpretación de los arts. 217, 218, 219 y 220.

lo hacen prevalece sobre las leyes del país, pues la Convención forma parte del derecho interno argentino (art. 75, inc. 22 CN), por encima de las leyes ordinarias como fuente de derecho. En los negocios internacionales el reconocimiento de la costumbre resulta, además de la Convención de Viena, de los principios de Unidroit (art. 1.8) y la Convención Interamericana de México de 1994, sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales (art. 10).

Los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional sistematizan costumbres para su aplicación regulatoria y los proyectos de reforma al código civil y de unificación con el código de comercio, se enrolan en la tendencia a revalorizarla⁵⁶. Con relación a la ley vigente, la costumbre puede ser “*secundum legem*” (la complementa), “*praeter legem*” (regulatoria de lagunas del derecho) y “*contra legem*”, a la que se niega alcance derogatorio (art. 17 Código Civil). Sus elementos configurativos son: a) objetivo: la reiteración de conductas a través del tiempo, respecto de determinados negocios o situaciones; b) subjetivo: la convicción generalizada de su reiteración y aceptación; c) su adecuación a las reglas éticas y morales⁵⁷. El rol creciente de la costumbre para el contrato moderno se refiere, tanto a su función creadora de normas por reiteración de uso, como por su función directamente regulatoria, supliendo lo no acordado o complementando falencias normativas.

k) Reafirmación del derecho estatutario

Históricamente se verificó una evolución del “status” al contrato, proceso que hoy experimenta un reflujo parcial con el nuevo desarrollo de los derechos estatutarios. Así se legisla en general en los códigos, pero simultáneamente se regula la situación de personas, que ante determinadas circunstancias permanentes o transitorias requieren normas particulares o especiales.

Tal el caso del consumidor (Ley 24.240), del trabajador (Ley 20.744 y concs.), del locatario de inmuebles (Ley 23.091), del comerciante (arts. 5/7 del Código de Comercio) y seguramente con el tiempo se conformarán normas especiales para jubilados, desocupados o ex combatientes y aun dentro de los consumidores parece perfilarse la categoría de aquellos de menores recursos, que les otorgará un “status” particular para determinadas contrataciones. El solidarismo contractual y la consideración tutelar del débil jurídico frente al más fuerte de la relación, señalan esta tendencia.

II. El derecho de consumo y la “relación de consumo”

En la segunda mitad del siglo XX irrumpe con fuerza arrolladora en el derecho comparado la legislación de defensa del consumidor o usuario, cuya expresión en

⁵⁶ El Proyecto de Código Único de 1987 en su reforma al art. 17 del Código Civil, entre las fuentes para suplir las lagunas del derecho, luego de “los principios de leyes análogas”, menciona “los usos y costumbres”, y el Proyecto de Unificación de 1998 en su art. 914 regula los “Contratos atípicos con tipicidad social”, para los que dispone que “en subsidio de la voluntad de las partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración”. (Los arts. 218 y 219 del Código de Comercio se refieren al lugar de ejecución). El art. 967 del Proyecto establece que... “las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica”.

⁵⁷ Alterini, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*. ob. cit., p. 56/57.

nuestro país se manifiesta con la sanción de la Ley 24.240⁵⁸ y la reforma constitucional del año 1994 que incorporó dicho derecho tutelar al art. 42 CN, para lo cual el siguiente art. 43 establece vías de efectivización a través del recurso de amparo.

Los lineamientos diferenciales de las relaciones comprendidas por la legislación de consumo, cuyas disposiciones se califican de orden público (art. 65 Ley 24.240) y las reguladas por la legislación común, sucintamente son:

a) Reglas específicas de interpretación.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37 Ley 24.240). Asimismo “cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa” (art. 37).

b) Deber de buena fe.

Es impuesto bajo sanción de nulidad al igual que el deber de información que es una de sus expresiones. Su incumplimiento al igual que el de las legislaciones sobre lealtad comercial (Ley 22.802) y defensa de la competencia (Ley 25.156), que se integran con la ley, facultan al consumidor “a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas” lesivas (art. 37).

c) Identificación de cláusulas abusivas.

Se tendrán por “no convenientes” calificándose a diversas clases de cláusulas de abusivas y sancionándolas como inexistentes a: 1) Las que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; 2) Las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, o amplíen los derechos de la otra parte; 3) Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37). La referencia es enunciativa, en igual sentido puede calificarse también de abusiva la cláusula de prórroga de jurisdicción ajena al “tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor” (art. 36 Ley 24.240 según Ley 26.361). En líneas generales se procura impedir situaciones que atenten contra un razonable equilibrio entre partes.

d) Integración judicial del contrato.

En los casos de nulidad parcial o inexistencia parcial contemplados, cuando el juez a pedido del consumidor las declare, “simultáneamente integrará el contrato si ello fuera necesario” (arts. 37, párr. final, ídem arts. 3, 25, 31, 36 y concs Ley 24.240).

e) Deber de información.

Debe suministrarse al consumidor en forma cierta, clara y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que se provee y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión (arts. 42 CN y 4 Ley 24.240). Esta obligación integra el deber de buena fe.

⁵⁸ Ley 24.240 regulatoria sobre la materia (Nota 12 precedente).

f) Efecto vinculante de la publicidad.

Serán exigibles y se tendrán por incluidas en el contrato con el consumidor, “las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión” (art. 8º Ley 24.240). Complementando esta disposición, el artículo 9º de la ley, referente a “cosas deficientes, usadas o reconstituidas”, establece: “cuando se ofrezca en forma pública a consumidores potenciales indeterminados, cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas, debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria”.

g) Exigencia de trato digno y equitativo. Prohibición de discriminar a extranjeros y de conductas vejatorias.

Armonizando con el derecho constitucional de “condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42 CN) el artículo 8 bis de la Ley 24.240, según Ley 26.361, establece esta exigencia, disponiendo la prohibición de ejercer diferenciación alguna “sobre los consumidores extranjeros” (concs. arts 16 y 20 CN). Dicho artículo 8 bis dispone: “Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialicen. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas...”.

h) Régimen específico de oferta y aceptación.

“El régimen de la oferta y la publicidad que regulan los arts. 7 y 8 de Ley 24.240 difiere sustancialmente del que establecen los arts. 1.148 del Código Civil y 454 del Código de Comercio, generando una especial protección al consumidor, por aceptarse como oferta la hecha a persona indeterminada y considerarse a la publicidad integrada y vinculante como parte del contrato. La reforma agregó como párrafo final al art. 7, Ley 24.240 el siguiente: “La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de esta ley”.

La oferta tiene prohibiciones expresas en cuanto a la forma de manifestarla (art. 35 ley 24.240) y se consagra para determinadas circunstancias el derecho de revocar la aceptación a favor del consumidor (art. 34 Ley 24.240, según Ley 26.361).

i) Vigencia de la obligación de seguridad.

“Las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (arts. 5, Ley 24.240 y 42, CN). Esta última impone como derecho del consumidor la “protección de su salud, seguridad o intereses económicos”, proyectando la obligación sobre su persona y bienes.

j) Exigencia sobre el contenido del documento de venta.

El artículo 10 de la ley, versión Ley 26.361, dispone recaudos respecto del contenido del documento que se extienda por la venta de cosas muebles e inmuebles, “sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas”. Establece constancias mínimas exigibles sobre producto, precio, condiciones de pago y costos adicionales (art. 10 Ley 24.240).

k) Regulación específica sobre vicios redhibitorios.

El artículo 18 de la Ley 24.240, si bien integra el capítulo referente a “cosas muebles no consumibles” debe considerarse aplicable al “consumidor” de inmuebles, cuanto dispone sobre vicios redhibitorios. Dicha norma modifica a favor del consumidor, la consistencia y ulterior responsabilidad del proveedor por dichos vicios. Se complementa con el artículo 11 de la Ley 24.240 que dispone la garantía legal a favor de los sucesivos adquirentes, aunque los vicios fuesen ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato o cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá una vigencia de 3 meses cuando se trate de bienes muebles usados y de 6 meses en los demás casos. Los vicios redhibitorios que se presenten en la relación de consumo, sean ellos de cualquier fuente contractual (compraventa, permuta, dación en pago, locación de obra, locación de cosas etc.), tendrán las siguientes características especiales:

1. No se requiere que sean ocultos, pueden ser ostensibles (art. 11), siendo indiferente que el adquirente los conozca.
2. No se requiere título oneroso, puede ser gratuito (art. 1º Ley 24.240).
3. No se requiere preexistencia del vicio, puede manifestarse durante el período de garantía.
4. Es indistinto que el vicio o defecto sea o no grave, o que se trate de diferencia de identidad, basta que el incumplimiento del proveedor exista. (art.11 Ley 24.240).
5. No se puede oponer al consumidor, el artículo 2.170 del Código Civil y el artículo 2.176 del mismo cuerpo legal se aplicará al proveedor de pleno derecho a instancia del consumidor (art. 18 Ley 24.240). No opera la distinción que señalan los artículos 520 y 521 del Código Civil pues prevalecerá el principio de reparación integral propio de la relación de consumo.
6. Si la relación encuadra en el régimen de la Ley 24.240, bajo el sistema objetivo que ella establece, queda unificada la responsabilidad genérica por vicios redhibitorios civiles (arts. 2.164 y ss. del Código Civil), comerciales (arts. 473, 476 y concs. Código de Comercio), específicos por vicios de la locación de obra (arts. 1.647 bis y concs. del Código Civil) y en la medida aplicable, de locación de cosas.

l) Normas específicas sobre prescripción.

El artículo 50 de la Ley 24.240, modif. por Ley 26.361, establece el plazo de prescripción de 3 años, para “las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones

emergentes de la presente ley”, siempre que normas especiales no establezcan un término más favorable al consumidor o usuario en cuyo caso se aplicará el mismo (arts. 50, 3 y 37 Ley 24.240).

m) Responsabilidad objetiva y solidaria por daños.

La regula el artículo 40 de la Ley 24.240 reformado por la Ley 24.999, involucrando en la solidaridad a todos aquellos que hayan estado en la cadena de producción, importación y comercialización. “Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” (art. 40 párrafo final).

n) Efectos especiales del incumplimiento.

El artículo 10b de la Ley 24.240 establece diversas opciones del consumidor o usuario ante el incumplimiento del prestador – “todo ello, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan” (párrafo final del art. 10b según art. 2ª de la Ley 24.787). Esta disposición debe armonizarse con las normas del Código Civil, a las que no deroga sino que complementa con efecto superador, en particular los artículos 505 y 1.204 de dicho código o su equivalente el artículo 216 del Código de Comercio. Considerando las alternativas del artículo 10b, a la exigencia de cumplimiento forzado de la obligación (inc. a), cabría agregar la opción del consumidor de “hacérselo procurar por otro a costa del deudor” (art. 505 inc. 2º), pues la vía de “obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes” (art. 505 inc. 3) está contemplada en la Ley 24.240 (arts. 10b, 52 bis, 54 y concs.). Las disposiciones del artículo 10 ter (según Ley 26.361 y art. 8) sobre “modos de rescisión” referidas a la contratación de servicios, contemplan vías tutelares a favor del consumidor o usuario para ejercer este derecho.

ñ) El daño directo y punitivo. Reparación integral.

La Ley 26.361 incorporó las figuras del daño directo y del daño punitivo a favor del consumidor damnificado, que operan de modo distinto pero concurrentemente con armonía, sustentando el principio de reparación integral del daño que se consagra y que en el caso del punitivo agrega un objetivo sancionatorio y preventivo. Su límite estará dado por el enriquecimiento sin causa que la ley no reconoce ni alienta.

El artículo 40 bis de la Ley 24.240, según Ley 26.361, expresa el concepto y alcance del daño directo, estableciendo que: “Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley y, una vez firme, respecto del daño directo que determine, constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de

daño directo determinado en sede administrativa, serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a este por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

El denominado “daño punitivo” y la posibilidad de que sea reconocido al consumidor damnificado, se sancionó también mediante la Ley 26.361 incorporando el artículo 52 bis que dispone: “al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”. Esta figura proveniente del *common law*, que tuvo su mayor difusión en los EE.UU., tiene finalidad disuasiva y ejemplificadora a través del reconocimiento de una indemnización incrementada para la víctima en casos de grave conducta del proveedor⁵⁹, pero más allá de las imprecisiones del art. 52 bis de la LDC, destacamos que las expresiones de suma amplitud que disponen su aplicación “al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales” se morigeran por la expresión posterior de la norma que exige graduar la pena ...“en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...”

En cuanto al principio de reparación integral, si bien se menciona con referencia a las acciones de incidencia colectiva (art. 54 reformado por Ley 26.361) debe operar como principio general de la ley, en cuanto dispone que “si la cuestión tuviese contenido patrimonial, establecerá las pautas para que la reparación económica o el procedimiento para su determinación, sobre la base del principio de reparación integral”... No habría razón para distinguir entre acciones individuales o colectivas diferenciando la reparación en uno u otro procedimiento, pues la tutela está dirigida al consumidor y toda duda debe resolverse a su favor (arts. 1º, 3 y 37 Ley 24.240). Como consecuencia de la integralidad, el resarcimiento que se reconozca deberá comprender tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial o moral.

o) Tramitación procesal abreviada y gratuita. Carga dinámica de la prueba sobre el proveedor.

Procesalmente corresponderá la vía del juicio sumarísimo para tramitar las acciones judiciales del consumidor. Además, las actuaciones judiciales que se inicien, de conformidad con la Ley 24.240 “en razón de un derecho o interés individual” gozarán del beneficio de gratuidad. El artículo 53 de la ley, versión Ley 26.361 dispone: “Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en

⁵⁹ Bustamante Alsina, Jorge, *Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires, La Ley, 1994–B, p. 860.

esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basada en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”. En el tercer párrafo del artículo se establece la carga dinámica de la prueba sobre el proveedor. Consideramos desafortunada la expresión “proceso de conocimiento más abreviado” utilizada en el artículo 53 pues habría sido preferible decir simplemente “proceso más abreviado”, sin otra especificación pues este es el espíritu de la ley y así debe interpretarse. Fundamos estas consideraciones en la circunstancia de que el juicio ordinario, que no es precisamente el más abreviado, sería el prototipo de los procesos de conocimiento⁶⁰.

p) Acciones de incidencia colectiva.

Están reguladas por el artículo 54 de la Ley 24.240 versión Ley 26.361. En estas acciones, para arribar a un acuerdo conciliatorio, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado, al igual que en el derecho laboral. “El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión, hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto aquellos que manifiesten su voluntad en contrario, previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga” (art. 54). El artículo 55 de la ley, también reformado por la Ley 26.361, regula la legitimación activa para ejercer las acciones de incidencia colectiva, a favor de “las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación”. El supuesto es que “resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley” (art. 55).

q) Actuaciones y sanciones administrativas. Tribunales arbitrales específicos.

Las actuaciones y sanciones administrativas, su procedimiento y las vías recursivas ante la justicia federal, están contempladas por los arts. 45 a 49 de la Ley 24.240 y

⁶⁰ Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 394 y ss., T. 3.

la prescripción específica por el artículo 50; en las diversas hipótesis (arts. 45, 47, 49 y 56) con las reformas introducidas por la Ley 26.361.

Se contempla la organización de tribunales arbitrales específicos para actuar como amigables compondores o árbitros de derecho común (art. 59 de la ley versión Ley 26.361).

r) Formalidad específica. Contenido de la documentación. Control estatal.

La ley establece recaudos sobre el contenido del documento de venta (art. 10 modificado por ley 26.361). Exige la extensión del certificado de garantía, por escrito, en idioma nacional, de fácil comprensión y letra legible con recaudos de contenido mínimo (art. 14 de la Ley 24.240); impone la obligación de entregar al consumidor una constancia de reparación, cuando ello suceda, especificando la misma (art. 15 ley 24.240); la necesidad de extender presupuesto escrito con exigencia de contenido mínimo en la prestación de determinados servicios (reparación, mantenimiento, acondicionamiento, etc.) (art. 21 Ley 24.240); la constancia escrita de información al usuario para las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio, sobre los derechos y obligaciones de ambas partes (art. 25 de la Ley 24.240 versión Ley 26.361); la imposición de constancias detalladas de la existencia de deudas pendientes o bien la presunción de que “no existen deudas pendientes” para las empresas prestatarias de servicios públicos, liberando al usuario en caso de omisión (art. 30 bis de la Ley 24.240); la obligación de informar por escrito al consumidor de su facultad de revocar la aceptación durante el plazo de 10 días corridos en los casos de ventas domiciliarias, por correspondencia y afines (art. 34 de la Ley 24.240); los requisitos de información específica exigidos bajo pena de nulidad, en las operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo (art. 36 de la ley versión Ley 26.361), la redacción controlada por la autoridad de aplicación, en algunos casos con exigencia de aprobación previa de los contratos de adhesión y los formularios contractuales, que instrumentan la relación, a fin de evitar la imposición de cláusulas abusivas (arts. 38 y 39 de la Ley 24.240). Similar disposición aplica en forma específica para los contratos de seguros (art. 25 Ley 20.091) o los relacionados con la medicina prepaga (arts. 8 y 19 Ley 26.682).

s) Límites a la autonomía de la voluntad con intervención tutelar en la relación.

Esta limitación señalada respecto de los términos contractuales, se observa en distintos aspectos de la ley y tiene expresiones muy concretas y detalladas en cuanto regula hasta los materiales a utilizar en una reparación (art. 20 de la Ley 24.240), o la forma de ponderar los excesos de facturación en los servicios públicos domiciliarios y de computar intereses sobre las sumas a reintegrar, en caso de corresponder (art. 31 de la Ley 24.240 ref. por Ley 26.361).

III. Interacción entre el derecho clásico y el de consumo

El desarrollo del derecho del consumidor ha influido fuertemente en el derecho común produciendo más que modificaciones, una verdadera conmoción. El derecho privado común, aún pendiente de unificación legislativa en nuestro país, ha nutrido de

los institutos básicos al derecho del consumidor, muchos de los cuales este ha modificado impregnando con sus principios al derecho madre. Este fenómeno verificable es el principio de una interacción entre uno y otro sistema jurídico, sin necesidad de analizar si el derecho del consumidor es una disciplina autónoma o una rama del derecho común regido por principios especiales. Más allá de las opiniones que puedan volcarse sobre esta cuestión que tiene más interés académico que práctico, las conclusiones no serían distintas ya sea que se considere que la parte integrante ejerce influencia sobre el todo o que se afirme la existencia de interacción entre sistemas distintos.

Para desarrollar este razonamiento evaluamos algunos institutos como la buena fe con algunas de sus implicancias, en particular la obligación de seguridad o institutos específicos como el abuso y las cláusulas abusivas, la integración judicial, la exigencia de no discriminación, el trato equitativo y digno, el “*favor debitoris*” proyectado en favor del débil jurídico, o la operatoria de la responsabilidad objetiva.

El principio de buena fe tiene vigencia inmemorial y si bien regía en nuestro derecho privado a través de diversas normas, su expresión directa provenía del art. 1.198 del Código Civil, que luego la ley 17.711 transformó en consagración expresa normativa. Analizando ejemplos prácticos, veremos que el efecto de la buena fe guarda similitud esencial si se lo aplica a una relación de consumo o una de derecho clásico, más allá que el artículo 37 de la LDC respecto de la primera habilite al consumidor específicamente a “demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas” si se viola el deber de buena fe. Se consideran expresiones de buena fe el deber de información (art. 37 LDC), la incorporación como condición contractual de las manifestaciones vertidas en la publicidad (art. 8 LDC) o la misma obligación de seguridad. Pero estos reconocimientos incuestionables para la relación de consumo cuya ley los dispone expresamente, no podrían desconocerse en una contratación entre empresas, ajena al derecho de consumo. Si en una compraventa o locación de obra por la cual una empresa proveyera a otra bienes para integrar a su proceso productivo (art. 1 LDC) se omitiese información relevante para el adecuado destino de los bienes o desconociera afirmaciones incluidas en su publicidad comercial, se configurarían violaciones de la buena fe que habilitarían a reclamar el cumplimiento o en su caso el resarcimiento de los daños causados por el proveedor.

La obligación de seguridad “es aquella en virtud de la cual una de las partes contractuales debe preservar en la relación la indemnidad de la persona y bienes de sus cocontratantes y equiparados legalmente⁶¹.”

La fuente de esta obligación es el principio de buena fe consagrado por el artículo 1.198 del Código Civil y en lo específico de la relación de consumo por el art. 37 de la

⁶¹ Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*. Rosario, Vélez Sarsfield, 1988, p. 105, expresa: “La obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe”.

Ley 24.240. Puede resultar impuesta por la ley (arts. 42 de la CN, 5 de la Ley 24.240 o 184 del Código de Comercio), surgir del acuerdo contractual (art. 1.197 del Código Civil) o derivar del principio general de buena fe.

La doctrina prevaleciente identifica el antecedente de la obligación de seguridad con el difundido fallo de la Corte de Casación Francesa del 21/11/1911 en un caso por daños derivado de un contrato de transporte de personas⁶², aun cuando otro enfoque lo señala en la legislación francesa sobre accidentes de trabajo⁶³.

El contenido de la obligación de seguridad, si bien pudo originariamente dudarse si se circunscribía a la indemnidad personal o tenía una amplitud mayor, en el art. 42 de la CN se alude al “derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”, haciendo referencia al “consumidor o usuario de bienes y servicios”. Esta norma comprende como objeto de la obligación de seguridad, la persona y también los “intereses económicos”, que incluyen toda clase de bienes⁶⁴. Nuestra doctrina así lo interpreta⁶⁵.

La obligación de seguridad tuvo un extraordinario desarrollo doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, tanto en nuestro país como en el derecho comparado y se proyecta acrecentando su función tutelar. En virtud de la directiva de buena fe, la obligación ha quedado incorporada “tácitamente con carácter general y accesoria en ciertos contratos”, para preservar a los contratantes de daños que puedan generarse en su detrimento con motivo de la ejecución contractual⁶⁶. La expresión accesoria debe interpretarse con relación a la subordinación de esta obligación

⁶² Causa “Zbidi Hamida Ben Mahmoud c/ Cía. Gral. Transatlántica” en que el pasajero lesionado en un viaje por barco de Túnez a Bona demandó por responsabilidad extracontractual a la transportista, pero el Tribunal de Casación Francés al que la causa llegó en última instancia, resolvió que había responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, del cual resultaba la competencia. El Tribunal decidió que si bien nada se estipuló sobre el daño, la responsabilidad derivaba de la obligación tácita e implícita de conducir al pasajero sano y salvo a destino, pues resultaba de una interpretación de buena fe, que la obligación contractual no se agotaba con llevarlo a destino, sino hacerlo preservando su indemnidad.

⁶³ Mayo, Jorge A., *Sobre las denominadas obligaciones de seguridad*. Buenos Aires, La Ley, 1984–B, p. 949 y ss.

⁶⁴ Los artículos 5 y 6 de la Ley 24.240 aluden a “la salud o integridad física” como objeto de la obligación de seguridad, pero debe prevalecer el texto más amplio del art. 42 CN, entendiéndose además que las expresiones de la LDC no son excluyentes ni limitativas y en caso de duda debe resolverse a favor del consumidor o usuario (arts. 3 y 37 Ley 24.240). En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la UBA en septiembre de 2.005, la Comisión n° 2 afirmó que “la seguridad como principio general del derecho encuentra su fundamento en los arts. 19, 41, 42, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”.

⁶⁵ Alterini, Atilio A., *Contratos civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General*. Segunda Edición Actualizada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. pp. 534/5, Cap. XXV, n° 14; Vázquez Ferreyra, R., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contratos de trabajo*, ob. cit., p. 106; Picasso, Sebastián, *La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema*. Buenos Aires, La Ley, 2008–C, p. 562 y ss.

⁶⁶ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1.980, p. 295 y ss., N° 959/60; Mazeaud Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires, Ejea, 1960 p. 43 y ss., Parte Segunda. Vol. II. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo.

respecto de la obligación central del contrato, pues sin la existencia de esta, aquella no existiría, pero no indica menor importancia o menor trascendencia relativa⁶⁷.

El aserto puede verificarse fácilmente si analizamos las obligaciones del transportista de llevar al pasajero a destino, que es la obligación principal del contrato de transporte y la accesoria de seguridad, que impone que llegue sano y salvo, obligación que por accesoria, en modo alguno es menos valiosa o representa un interés menor que la del objeto contractual⁶⁸.

La obligación de seguridad reconocida inicialmente en los contratos de transporte y de trabajo tuvo luego un extraordinario desarrollo en los ámbitos de los espectáculos públicos, institutos de enseñanza y de cuidado de menores, actividades de clubes, venta de productos elaborados, venta en general de bienes y servicios, etc. A través de la Ley 24.240, estas relaciones fueron absorbidas por la relación de consumo. La obligación de seguridad subyace en toda relación contractual sea o no de consumo, como es el caso de las distintas relaciones profesionales en que según las características será de medios o de resultados, o en general en los contratos típicos tradicionales en que más allá de las disposiciones propias de cada contrato, el art. 1.198 la impone como tácita e implícita.

Similar conclusión cabría respecto de las cláusulas abusivas enunciadas en el art. 37 de la LDC respecto de las cuales el derecho clásico no puede ser ajeno. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones bien pueden encuadrar en las figuras del abuso regulada por el art. 1.071 del Código Civil, de la lesión (art. 954 del Código Civil) o resultar de una alteración significativa, extraordinaria e imprevisible del sinalagma funcional del contrato (art. 1.198 del Código Civil 2ª parte). Lo invariable y constante es que dichas situaciones caen fulminadas tanto aplicando principios del derecho clásico como de consumo.

La revisión de contratos y su ulterior integración judicial por abuso de posición dominante se reitera en materia de contratos de distribución comercial, que no son relaciones de consumo sino contratos entre empresas autónomas. Estos contratos mercantiles de duración no tipificados legalmente, que comprenden las figuras de la distribución propiamente dicha, concesión, franquicia o franchising y agencia⁶⁹, son

⁶⁷ Autorizada doctrina entiende que la obligación de conducir sano y salvo a destino al pasajero en el transporte, es parte de la causa del contrato y no hay razón para desdoblarse una misma obligación en dos, que comprende una responsabilidad objetiva única. Hay una prestación inescindible afirman, que es la de “transportar al pasajero sano y salvo al lugar de destino”. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003, p. 105 y ss., 2ª ed., T. XX; Prevot, Juan M., *El Derecho del Usuario de un Servicio de Transporte a ser tratado dignamente*. Buenos Aires, LL., 2008-C, p. 572 y ss. quien a su vez cita a Natoli y Breccia en el derecho italiano.

⁶⁸ Stiglitz, Gabriel A., *El Deber de Seguridad en la responsabilidad por productos elaborados*. Buenos Aires, LL., 1985-D, p. 18.

⁶⁹ El Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Colegio de Comercio redactado por la Comisión designada por el decreto 685/95, conocido como proyecto de 1998, recepta estas figuras, consagrando en su sección quinta del Libro IV – Título III, los “Contratos asociativos no inscriptos, (art. 1.360), específicamente como contratos de distribución comercial, la agencia (arts. 1.361 a 1.381), la concesión (arts. 1.382 a 1.391) y la franquicia (arts. 1.392 a 1.403), que incorpora a la tipificación normativa.

relaciones de colaboración asociativa que se establecen entre un productor de bienes o servicios y un empresario que con continuidad difunde y comercializa los mismos en el mercado. Respecto de la extinción de estas relaciones, nuestra jurisprudencia ha sentado como principio que para cesar incausadamente un contrato de distribución o una relación equivalente, debe concederse un plazo razonable de preaviso que permita al destinatario reorganizar su operativa, debiendo resarcirse los daños si no se actúa de ese modo. El preaviso debe contemplar el principio de buena fe que exige cooperación y tener en cuenta integralmente las circunstancias del caso y las expectativas de estabilidad de la relación. Debe guardar relación con el tiempo de vinculación entre las partes, sin por ello aplicar una relación absolutamente exacta entre una y otra⁷⁰. La jurisprudencia ha seguido un criterio variable sobre el plazo de preaviso exigible, que si no se cumple determinará resarcir los daños derivados de la omisión. Lo significativo ha sido que existiendo plazo convenido los jueces lo han desconocido si consideraron que por exiguo era abusivo (art. 1.071 Código Civil), integrando el contrato para fijar el que entendieron correspondía a las circunstancias del caso⁷¹. Cabe en estos casos destacar la reiteración y fuerza con que se tutela el derecho al preaviso razonable en las rupturas incausadas, orientado hacia la parte relativamente más débil en dichas relaciones.

⁷⁰ En el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio “del año 1998 se establece en el art. 1.373: “Preaviso. En los contratos de agencia con duración indeterminada, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso. El plazo del preaviso debe ser de un (1) mes por cada año de vigencia del contrato, hasta un máximo de seis (6) meses. El final del plazo de preaviso debe coincidir con el final de un mes calendario. Las disposiciones del presente artículo se aplican a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada, a cuyo fin en el cálculo del plazo de preaviso debe computarse la duración limitada que le precede. Las partes pueden prever plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo”. A su vez, el art. 1.374 sobre Omisión de Preaviso dispone: “En los casos del artículo anterior, la omisión del preaviso, otorga a la otra parte derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el período”. La solución de los arts. 1.373/4 es extendida a los contratos de concesión por el art. 1.388 inc. a y a las de distribución en general por el art. 1.391 inc. a. El Proyecto sigue sobre el particular algunas soluciones del derecho comparado. En los “Fundamentos” se menciona que con respecto a la resolución de estos contratos... “se siguen las líneas de la jurisprudencia dominante”, expresándose además que los referentes “han sido tomados de los precedentes europeos indicados” con alusión a la Directiva 86/654 del 18/12/1988 del Consejo de las Comunidades Europeas, que ha sido incorporada a través de legislación interna por los países de la Unión Europea, así como los códigos latinoamericanos que contemplan estos contratos y antecedentes de otros países como el Código Suizo de las Obligaciones”. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio*. Nota de Elevación–Fundamentos y Legislación comparada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 84 y 85.

⁷¹ CNCivil, Sala E, 11/11/2009, “Nova Pharma Corporation S.A. c/ 3M Argentina S.A. y otros”, LL. 2010–B, p. 739 y ss. con nota de Gregorini Clusellas, E.L., *Revisión judicial de contratos de colaboración empresarial, la ruptura intempestiva y el resarcimiento*. En los considerandos del Dr. Sala se menciona que varios fallos del Tribunal estimaron idóneo un preaviso de seis meses (Sala B, 31/05/2000, “Austral c/ Nestlé Argentina S.A.”, LL. 2005–E, p. 478, entre otros), destacándose que excepcionalmente se fijaron plazos mayores, de ocho meses y aún de dieciocho meses en contratos de mucha duración (“Morandeira José S.A. c/ Nobleza Piccardo S.A.”, Sala D, LL. 2001–F, p. 423, respecto de un contrato de cuarenta y siete años). Ver, sobre el particular, Cám. Nac. Com., Sala B, 31/05/2000, “Austral SRL c/ Nestlé Argentina SA.”, LL. 2000–E, p. 478. Con un interesante desarrollo sobre el particular. En el voto del Dr. Sala del caso comentado en la nota precedente se invocan numerosos fallos de distintas salas del fuero comercial y se destaca que no corresponde aplicar “una suerte de regla de tres simple” según la cual a determinados años de antigüedad corresponda igual número de meses de preaviso (Cám. Nac. Com. Sala D 22/5/2.001 “José Morandeira SA c/ Nobleza Piccardo S.A. s/ ordinario. LL 24/10/2001). Ver, asimismo, Rouillón, Adolfo A. N., *Código de comercio comentado*. Bs. As., La Ley, 2005, p. 743 y ss., T. II; Gregorini Clusellas, E.L., *Distribución Comercial. La indemnización por ruptura intempestiva y la intempestividad de la ruptura*. Buenos Aires, LL. 1995–B, p. 168. Del mismo autor: *Distribución comercial: La indemnización resarcitoria*, Buenos Aires, LL. Litoral, año, 6 nº 8, septiembre de 2002.

En ellas, como vínculos de duración corresponde conceder al distribuidor un plazo de reacondamamiento empresarial acorde con las circunstancias, considerando dicha exigencia de buena fe con aptitud de desplazar lo acordado, si resulta de una imposición dominante. Las de distribución no son relaciones de consumo, pero no obstante establecerse entre comerciantes cuya profesionalidad y experiencia se presume, se desplaza el principio “*pacta sunt servanda*” asociado a la convención ley del art. 1.197 del Código Civil cuando se verifique abuso, aplicando pretorianamente soluciones similares a las impuestas para la relación de consumo (art. 37). Se anula la cláusula abusiva e integra judicialmente el contrato con los efectos resarcitorios consecuentes⁷².

En materia de veda a toda discriminación la Ley 23.592, art. 1º es de aplicación común a todo tipo de contrato, más allá de que el art. 8 bis de la Ley 24.240 según Ley 26.361–art. 6 disponga para la relación de consumo la prohibición de “ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna” sobre los aspectos relevantes de los bienes o servicios que se determinan. Constituye un aspecto de la exigencia constitucional de “condiciones de trato equitativo y digno” (art. 40 CN). Lo cierto es que todo tipo de discriminación será inconstitucional sea cual fuere la relación contractual de que se trate. Ello resulta de los derechos implícitos consagrados por el art. 30 de la CN.

El antiguo “*favor debitoris*” con carácter de criterio residual para los casos de duda razonable en la interpretación que consagra el art. 218 inc. 7º del Código de Comercio, y que por imperio del art. 16 del Código Civil opera tanto para relaciones civiles como comerciales, se ha transformado por obra de doctrina y jurisprudencia⁷³ en “*favor debilis*”. Esta orientación del derecho clásico también lo aproxima al derecho de consumo, compartiendo la tendencia a tutelar la parte débil de la relación (art. 1 LDC).

Los ejemplos podrían multiplicarse y donde la aproximación se muestra más cercana es en los contratos prerredactados o celebrados por adhesión, en que la regla “*in dubio contra proferentum*” o “*contra stipulatorem*” asemeja en buena medida los criterios de interpretación entre contratos con dichas características que no sean relaciones de consumo y los que encuadren en las mismas.

En el ámbito del derecho de consumo, recientes pronunciamientos de nuestra Corte Suprema distribuidos en diversidad de casos de responsabilidad del proveedor

⁷² Sobre el particular El Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998 denomina a estos contratos “discrecionales” (art. 899 inc. c) y les atribuye como efecto reiterando a Vélez y a su fuente el código francés, que “...obligan a las partes como la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos” (art. 964). Similar efecto se otorga a los contratos predisuestos “...sin perjuicio de las disposiciones especiales”... (art. 965).

⁷³ Cám. Nac. Com., Sala B, 30/06/03 “Randle, Julián c/ El Comercio Cía. de Seguros a prima fija”, LL 2004–C–739; del mismo tribunal, 18/11/97, “Figowy Alberto S. c/ Universal Asistencia S.A., LL. 1998–F, p. 153; ED 180–64; SCBA 13/09/94, “Constantino Héctor A. y otros c/ Altuve, Alberto R. y otro DJBA 147–6332; Gregorini Clusellas, E.L., *Derecho de los Contratos–Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 914, T. 2.

frente al consumidor con motivo de contratos de transporte⁷⁴, de peaje⁷⁵ o de espectáculo público⁷⁶ señalan una pronunciada acentuación de la responsabilidad objetiva con interpretación estricta, casi restrictiva del caso fortuito que para exonerar se exige sea causa exclusiva. Bastará que al proveedor se le reconozca alguna medida de participación causal en el hecho dañoso para sancionar su responsabilidad. La interpretación del art. 40 de la LDC influirá sin duda en el sentido y alcance a atribuir al art. 1.113 del Código Civil.

En el mismo sentido, el nuevo régimen de vicios redhibitorios, que el art. 18 de la LDC impone para las relaciones comprendidas en su régimen, ejercerá también influencia sobre la concepción clásica de la figura que regulan los arts. 2.164 y conscs. del Código Civil.

IV. Conclusiones

Durante el siglo XX la doctrina jurídica ha señalado reiteradamente la tendencia hacia la expansión obligacional, en particular la fijación de nuevas fronteras de la responsabilidad civil, en muchos casos a través de su atribución objetiva. También se ha fortalecido el criterio que propugna la unificación de dicha responsabilidad, con prescindencia de la fuente contractual o extracontractual que la genere, teniendo en cuenta los múltiples aspectos comunes que marcadamente exceden a las diferencias.

⁷⁴ Son expresiones de reciente jurisprudencia sobre contratos de transporte CS 22/04/2008 “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, con notas de Picasso Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema” y de Prevot, Juan Manuel, “El derecho del usuario de un servicio de transporte subterráneo a ser tratado dignamente”, LL. 2008–C, pp. 561/75; CS 20/10/2009, “Berdichevsky Eva Clara c/ Transportes Metropolitanos San Martín S.A.”, LL. 2010–A, p. 305; “Cláusula limitativa de responsabilidad. Nulidad absoluta y manifiesta de la estipulación contractual”, LL. 2010–A, p. 302; CS 09/03/2.010 (caso Uriarte), “U.M., H.V. y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, LL. 2010–B, p. 530 y ss., nota de Juan Manuel Prevot, “La protección del consumidor en la doctrina de la CSJN”.

⁷⁵ CS 06/03/2007, “Mosca Hugo c/ Prov. de Buenos Aires y otros”, LL. 2007–C, p. 118 y ss., con nota de Lidia Garrido Cordobera, “Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos”. En este fallo que puede considerarse un “*leading case*”, la Corte Suprema en fallo dividido ante el reclamo del conductor de un remise que llevó periodistas al espectáculo y encontrándose en las inmediaciones resultó gravemente lesionado por objetos arrojados desde el estadio en que jugaron un partido de fútbol los equipos de Lanús e Independiente, reconoció la responsabilidad del club local (Lanús) como organizador y de la AFA (Asociación del Fútbol Argentino) como organizadora y beneficiaria, desestimando la de la provincia de Buenos Aires.

⁷⁶ CS 21/03/2006 “Ferreira, Víctor D. y otro c/ V.I.C.O.V. S.A.”, LL. 2006–C, p. 54 con nota de Antonio Rinessi, “Un fallo de la CS reivindicador de los derechos del usuario”, quien apoya las conclusiones del fallo, sosteniendo que la norma operativa del art. 42 de la CN impone dos sujetos responsables que son el Estado Provincial por ejercicio irregular de sus funciones y el concesionario vial por incumplir la obligación de seguridad de rango constitucional. Asimismo en LL. 2006–B, p. 449, Ramón Daniel Pizarro: “Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema”. CS 7/11/2006 “Bianchi Isabel del Carmen Pereyra de c/ Prov. de Buenos Aires y otros” LL. 2007–B, p. 282 con nota de Jorge M. Galdos, “Sobre peaje animales sueltos y relación de consumo. El fallo Bianchi. La clausura definitiva del debate”. Estos fallos revirtieron jurisprudencia anterior del tribunal CS 07/03/2000 “Colavita Salvador y otro c/ Prov. de Buenos Aires y otros” LL. 2000–B, p. 754 con nota de Fernando A. Sagarna “Responsabilidad de las concesionarias de peaje y del Estado por animales sueltos en rutas”. Los damnificados por el choque contra equinos sueltos demandaron a la provincia de Buenos Aires y a la empresa concesionaria de la ruta, responsabilidad que el voto en disidencia del ministro Vázquez consagraba reconociéndole una obligación de seguridad de resultado en el marco de la responsabilidad contractual de consumo.

Estas tendencias de expansión de fronteras y de unificación, se han vivenciado a través de la legislación de defensa del consumidor, provocando un fenómeno que como el principio de vasos comunicantes, revierte su influencia hacia el derecho clásico. En este proceso de interacción, aun las relaciones paritarias muestran permeabilidad para recibir influencia de principios que el derecho de consumo hizo propios con el fin de concretar la tutela de equidad que constituye su objeto, para lo cual a su vez ha desarrollado instituciones y elementos tradicionales.

Hemos señalado el paralelismo que presentan las actividades de interpretación contractual que privilegian las actitudes de buena fe, el deber de información, la negación de las cláusulas abusivas y de toda forma de abuso acompañada de la integración judicial cuando sea necesaria para desplazar la antijuricidad. Señalamos también el reconocimiento de la obligación de seguridad respecto de persona y bienes, la veda de conductas discriminatorias con la exigencia de trato equitativo y digno, la reconversión de la regla residual del “*favor debitoris*” en “*favor debilis*”, o la interacción en la interpretación de los arts. 40 de la LDC y 1.113 del Código Civil.

En los contratos clásicos prerredactados así como en aquellos celebrados por adhesión, la afinidad con los principios de la relación de consumo es creciente y se destacan similares criterios de interpretación en diversos aspectos de su operatoria. Este fenómeno tiende a acentuarse y nuestro propósito es presentarlo para la reflexión. Ulpiano caracterizaba al derecho expresando “*ius ars boni et aequi*” y von Ihering afirmó que el imperio del derecho es el fruto de una lucha permanente, siempre inacabada. Las tendencias señaladas son instancias de realización en esa lucha por el imperio del derecho y muestran en buena medida la universalización de sus principios en aras del objetivo final de justicia.

Fecha de recepción: 5/02/2012

Fecha de aprobación: 23/04/2012