

El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación

POR MIRTA L. JURIO (*) y RICARDO A. PARRA (**)

Sumario: I. Introducción: A. Concepto de contrato (arts. 957 a 965 Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26.994/2014); B. Contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas; C. Contrato de consumo. — II. Conclusión. — III. Bibliografía.

Resumen: El Código Civil y Comercial de la Nación elabora una teoría general, que comprende tres categorías de contratos. El contrato discrecional que surge de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, el contrato por adhesión a cláusulas predisuestas y el contrato de consumo. No obstante, cabe resaltar que a partir del Título II Contratos en General, Capítulo 1, en las Disposiciones Generales, la nueva ley de fondo modifica el concepto de contrato regulado en el Código de Vélez Sarsfield a la altura del (art. 1137). Además regula la libertad de contratación, cuya doctrina fue impuesta en nuestro derecho por Spota, legisla la buena fe en el mismo capítulo de los contratos, impone el carácter de las normas, la prelación normativa, la integración del contrato y el derecho de propiedad, entre otros.

Palabras clave: contrato - prelación normativa - derecho de propiedad - adhesión - contrato de consumo.

The contract concept in the Nation's Civil and Commercial Code

Abstract: *The Civil and Commercial Code of the Nation made a general theory comprising three categories of contracts. The discretionary contract arising from the autonomy of the contracting parties, the contract of adhesion to predisposed clauses and consumer contract. However, it is worth noting that from Title II Contracts in General, Chapter 1, General Provisions, the new substantive law modifies the concept of contract governed by the Code of Vélez Sarsfield at the height of (art. 1137). Also regulates the freedom of contract, whose doctrine was imposed on our right by Spota legislates good faith in the same chapter of contracts, imposes the character of rules, regulations priority, integration of contract and property rights, among others.*

Keywords: *contract-before law-property rights-adhesion-consumer contract.*

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación — C.C.C.N.—, en el capítulo II destinado a las disposiciones generales de la Teoría de los Contratos, comienza definiendo al acto jurídico en el art. 957, a nuestro entender con una visión más acabada y clara, respecto a lo prescripto en el art. 1137 del Código Civil de Vélez Sarsfield. El art. 958 plasma el principio de Libertad de contratación, la fuerza vinculante del art. 959, reforzando el Principio General de Autonomía de la Voluntad, la facultad de los magistrados en la contratación entre particulares del art. 960, la buena fe, la integración del contrato, la prelación normativa, etc., hacen que las disposiciones legales resulten claras para una parte de la doctrina imperante en la materia. A nuestro entender, no es tan así, ya que el sistema de notas del Codificador, lejos de confundir, ayudaba a interpretar la normativa en análisis. Además recepta una teoría general que comprende tres categorías de contratos. La primera de ellas es el contrato discrecional que surge de la autonomía de la voluntad, cuyo concepto se da a través del acto jurídico en el cual dos o más partes

(*) Prof. Adjunta Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(**) Jefe de Trabajos Prácticos de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA.

se ponen de acuerdo para crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957 C.C.C.N.).

En los arts. 958 a 965 se prescribe la libertad de contratación, el efecto vinculante, la buena fe, el carácter de las normas legales, prelación normativa, integración del contrato y el derecho de propiedad. La segunda categoría es el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas, que surge cuando uno de los contratantes adhiere a cláusulas predispuestas por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984 C.C.C.N.). En los arts. 985 a 989 se prescriben los requisitos de las cláusulas generales, las cláusulas particulares, interpretación, cláusulas abusivas y control judicial de las cláusulas abusivas. La tercera categoría es el contrato de consumo, que es formalizado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica, que actúa profesional u ocasionalmente, con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de servicios por parte de los consumidores o usuarios para su uso privado, familiar o social (art. 1093, C.C.C.N.).

A. Concepto de contrato (arts. 957 a 965 Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26.994/2014)

Comienza definiendo al acto jurídico en el art. 957, a nuestro entender con una visión más acabada y clara, respecto a lo prescripto en el art. 1137 del Código Civil de Vélez Sarsfield. De su redacción resulta que lo plasma como acto jurídico —extremo que no resiste análisis— ya que reviste tal categoría, pero si establece que ambas partes contratantes, al menos dos con intereses contrapuestos, deben manifestar su consentimiento (elemento esencial de éste), para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Sobre la base de la nota al art. 1137 del Código Civil, la doctrina concluía que dicha norma definía el concepto de convención, más que el propiamente de contrato (Bueres, 2015: 556). A la altura del art. 958, el legislador dispone la Libertad de Contratación, en tanto libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. Esta norma, hoy regulada, se deriva del principio general de autonomía de la voluntad plasmado en el art. 1197 del Código Civil, toda vez que permitía a las partes contratantes regular situaciones jurídicas y obligaba a ajustarse a ellas, como si la misma ley las hubiese dispuesto. Este principio, que se complementaba con el de Libertad contractual, no advierte en la nueva legislación una interpretación tan rígida e indisoluble, como el codificador lo había dispuesto.

El art. 959, recepta el efecto vinculante de las contrataciones, extremo subsumido por el art. 1197 del Código Civil, pero, como plasmamos en el párrafo anterior, sin el rigorismo que Vélez le había impreso, toda vez que surge de la disposición actual que las partes pueden modificar su contenido o extinguir el contrato por acuerdo de ambos en los supuestos que la misma legislación prevé, insistiendo en que la irrevocabilidad del acuerdo en el Código Civil, hoy se flexibiliza por la disposición normativa y posiciona de una manera más laxa la situación entre los contratantes.

El art. 960 faculta a los jueces solamente a intervenir en la contratación entre particulares, si la petición emana de una de ellas, y de oficio sólo cuando el orden público, regulado en la parte general del Código de fondo (art. 12), se vea afectado. El objetivo de la norma actual, le da mayor claridad a la cuestión, fijando un principio general que inhibe a los jueces para intervenir en los términos del contrato, reforzando la autonomía de la voluntad, pero podrá hacerlo para paliar situaciones disvaliosas, de abusos o desigualdades entre las partes y su fuerza negocial de los términos contractuales (Bueres, 2015: 557). El art. 961 regula el Principio General de Buena Fe, receptado en el Código de Vélez y por imperio de la reforma de la ley 17.711 del año 1968 en el art. 1198 1ª parte. Si bien la primera parte del artículo no se modifica, ya que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, amplía la nueva norma los criterios de alcance de la misma, aunque a nuestro criterio, incorporando en su última parte un término vago en palabras de Carlos Nino (2003:14), toda vez que el “contratante cuidadoso y previsor”, importará axiológicamente múltiples interpretaciones, ya que lo que para una de las partes puede significar ser cuidadoso y previsor, puede tener otro valor para el otro.

“Art. 962: Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

De la disposición normativa, surge la procedencia en tanto hace referencia a una de las clasificaciones de las normas jurídicas en general, en el caso: a la clasificación según la fuente de procedencia, apuntando claramente al carácter de las normas legales, es decir, a normas objetivas.

Según como actúe la voluntad individual de las partes en un contrato, las leyes pueden ser imperativas y supletorias. En general, la Ley imperativa (*jus cogens*) se impone a la voluntad de los particulares. La primacía de las “reglas imperativas” resulta conforme lo explica Alterini de los principios de Unidroit (art. 1.3) y del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 2.1) (Alterini, 1998: 51). Es decir que, conforme la opinión de Rivera, la Ley imperativa es la que excluye la voluntad privada de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados sin poder ser modificada ni sustraerse a sus consecuencias (Rivera 2014: 415). De hecho, el principio de autonomía de la voluntad derivado del art. 1197 del Código de Vélez Sarsfield que establece claramente la libertad de contratar, supone una acotada libertad contractual, la cual según Spota (2009: 51-55), se encuentra amparada en los límites que sobrevienen al mencionado principio. A saber, según lo prescripto por la ley 26.994/2014: el art. 10 de abuso del derecho; art. 12 de orden público; art. 332 de Lesión; art. 958 de libertad de contratación; arts. 9 y 961 de buena fe; arts. 279, 1003 y 1004 del objeto del acto jurídico; arts. 281 y 1012, 1013 y 1014 de la causa (1).

Respecto de la normativa de fondo, a más de las disposiciones consagradas en leyes especiales que han adquirido jerarquía constitucional tales como la ley 24.240 (reformada por leyes 26.361 y 26.994) de defensa de los consumidores y usuarios —art. 42 de la Constitución Nacional— (Gelli, 2008: 56); el art. 41 en cuanto a la protección del medio ambiente (Gelli, 2008: 580) también consagrado en la Carta Magna y el resto de la normativa de orden público que prescribe la obligación de las partes contratantes a ajustarse a sus disposiciones, son imperativas, no permitiendo que las mismas sean suplidas por dicha voluntad particular.

Es por ello que las normas de carácter legal siempre son tanto en el viejo, como en el nuevo Código, supletorias de la voluntad de las partes contratantes, es decir, suplirán la no redacción de una cláusula determinada en el acto jurídico, salvo que, conforme reza el nuevo art. 962 “(...) de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible”, es decir obligatorias, en donde las mismas partes contratantes convengan la imperatividad de la ley sustantiva.

A mayor abundamiento, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público.

En el derecho local, el ámbito propio de esta determinación se asocia a las leyes supletorias, que en materia contractual materializan el principio general plasmado en el art. 958 de la autonomía de la voluntad. Mientras que, en el Derecho Internacional el Código Europeo de Contratos, refleja estas normas en los arts. 2:101 y 2:102 (2).

“Art. 963: Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este código y de alguna Ley especial, las normas se aplican en el siguiente orden de prelación:

- a) Normas indisponibles de la Ley especial y de este Código;
- b) Normas particulares del contrato;
- c) Normas supletorias de la ley especial;
- d) Normas supletorias de este Código”.

(1) Ley 26.944, B.O. 32.985 (08/10/2014).

(2) Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en Lando, Beale, eds., “Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000: 1-93”. La versión inglesa de los principios es la versión original. Recuperado de: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

Normas indisponibles de la ley especial y de este Código

Se establece como primer orden de aplicación las normas indisponibles de la ley especial y de este Código. Además del Código existen numerosos institutos especiales con su regulación particular: defensa del consumidor, sociedades, propiedad intelectual, registro inmobiliario, ley de navegación, seguros, entre otros. El Código funciona como un sistema central que se vincula con los regímenes especiales para generar una plena comprensión del régimen jurídico (Rivera, 2014: 416).

El instituto de defensa del consumidor se encuentra receptado en la Constitución Nacional con motivo de la reforma del año 1994, en su art. 42. Este instituto se encuentra regulado en su ley especial (ley 24.240 modificada por leyes 26.361 y 26.994) y está legislado en el Código (Contratos de consumo, art. 1092 a 1122). En esta normativa se establece con carácter indisponible que las normas aplicables a las relaciones de consumo siempre deben ser ejecutadas de acuerdo al principio de protección al consumidor y al del acceso al consumo sustentable. En el supuesto de aplicar este Código o las leyes especiales prevalece la más favorable al consumidor (conforme al art. 3° de la ley 24.240 modificada por ley 26.361, conforme ley 26.994 —art. 1094— Código Civil y Comercial de la Nación).

En la formación del consentimiento, son normas imperativas las de defensa del consumidor y son aplicables a toda persona, física o jurídica, que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se equipara al consumidor la relación de consumo que comprende a quién sin ser parte en una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (conforme art. 1° de la ley 24.240 modificada por ley 26.361 y 26.994 —conforme arts. 1092, 1096 y concordantes— Código Civil y Comercial).

Es norma indisponible la prohibición de prácticas abusivas y requiere la obligación de los proveedores de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores o usuarios (art. 8° bis, ley 24.240 modificada por ley 26.361 y 26.994 —art. 1096 y concordantes— Código Civil y Comercial).

El Código en su art. 1117 remite a los arts. 985 a 988, referentes a los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Se define, en el art. 984, contrato por adhesión como “(...) aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Antes de su recepción en el artículo arriba mencionado la doctrina ha reconocido el contrato de adhesión como el acuerdo de voluntades que refiere a la mera adhesión de una de las partes a lo que la otra preordenó como Ley del Contrato (Spota y Leiva Fernández, 2009: 41).

Cabe aclarar que no siempre todo contrato por adhesión se aplica a los contratos de consumo. Existen contratos con cláusulas predispuestas que no son de consumo así por ej. el contrato bancario, de espectáculo y de transporte, entre otros.

El Código, en el art. 986, recepta las cláusulas particulares, que son las negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes, regulada en el art. 987 del Código, se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente. El predisponente debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Es él quien dispone de los medios necesarios para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Se recepta la regla “contra proferentem”, que importa la aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

Es norma imperativa el art. 988 del Código, que recepta las cláusulas abusivas y establece que se deben tener por no escritas:

- “a) Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) Las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) Las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles;
- d) Normas particulares del contrato. Se rige por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y por las específicas previsiones que las partes convinieron al contratar;
- e) Normas supletorias de la Ley especial. Se aplican las normas supletorias de la Ley especial debido a que las partes nada han convenido;
- f) Normas supletorias de este Código. Se aplican las normas supletorias de este Código cuando las partes no han acordado al respecto”.

De acuerdo con la jerarquizada opinión de Rivera, si bien es cierto que el art. 963 no reconoce un antecedente directo en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que nunca fue legislado de la forma propuesta, no es menos cierto que su antecedente deriva del art. 903 del Anteproyecto de 1998 (Rivera 2014: 416).

“Art. 964: Integración del Contrato. El contenido del Contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. Del precepto surge que la integración del contrato se hará con las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas”.

La cláusula particular del contrato, incompatible con las normas indisponibles, genera la nulidad parcial si es separable de las restantes cláusulas. De no ser separables, por imposibilidad de cumplimiento de su finalidad, se declara la nulidad total del contrato. En la nulidad parcial, de ser necesario, el Juez integrará el contrato considerando los intereses perseguidos por las partes de acuerdo con el art. 389 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La integración dispuesta en la norma de fondo, refiere a una heterointegración del contrato en consonancia con el resto de los incisos, creándola a favor de la parte más débil. Ejemplo de ello son los arts. 36 y 37 de la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— reformada por ley 26.361 y 26.944, concediéndole facultades a los jueces para integrar el contrato, luego de haber tachado alguna de sus cláusulas de nulas, así como lo receptan los arts. 987 a 989 en los contratos de adhesión, los arts. 1061 a 1068 en cuanto se refiere a las cláusulas generales de interpretación del contrato y 1093 a 1095 específicamente en las relaciones de consumo del Código Civil y Comercial.

Normas indisponibles como las plasmadas en el párrafo anterior reflejan el caso más clásico en la actualidad en donde casi todos los actos de la vida de las personas son relaciones de consumo; es decir que, la Ley de Consumidor crea un derecho protectorio a favor de la parte más frágil de la contratación, reconociéndole a su vez en los arts. 40 (según ley 24.999) y 40 bis (incorporado por ley 26.361), el derecho de peticionar la reparación pertinente por los daños y perjuicios ocasionados.

En los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, la aprobación administrativa, de esas cláusulas generales, no exime de su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, lo debe integrar si no puede subsistir el contrato sin cumplir su finalidad, conforme art. 989 del Código Civil y Comercial de la Nación. Lo mismo ocurre con el control judicial receptado en el art. 1122 con la salvedad que este último se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y no a los contratos de adhesión.

Las normas supletorias

Son normas supletorias las que el intérprete utilizará por analogía, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación el cual sustituye al art. 16 del Código de Vélez y específicamente en temas contractuales remitía a los arts. 217 y 218 del Código de Comercio de Acevedo (Spota y Leiva Fernández, 2009: 115-118).

Por último, cabe mencionar que la integración puede ser legal o judicial. La integración legal resulta de las normas dispuestas por el legislador en el nuevo Código, y la judicial a través de las normas y principios generales del derecho de los contratos —como el de buena fe—, receptado en el art. 961, entre otros.

Los usos y prácticas del lugar de celebración

El Código de Vélez, disponía en sus arts. 1213 y 1214, que el lugar de cumplimiento será el de la ejecución del contrato y no el de celebración del acto como dispone la nueva norma en el art. 2650.

Cabe puntualizar que el art. 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme expresa Rivera (2014: 416) dispone que “los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. En el art. 964 se omite la referencia a la costumbre que normalmente ha sido considerada fuente del derecho, mencionándose solamente a los usos y prácticas, que integran el contenido del contrato del lugar de celebración del mismo.

Finalmente, cabe destacar la última frase del inciso comentado, en tanto aplica una excepción a la integración del contrato de utilizar los usos y costumbres “(...) cuando su aplicación sea irrazonable”, cuya imprecisión genera dudas y puede conducir a conclusiones disímiles, ya que en palabras de Nino (2003: 14-15), el término irrazonable genera controversias, es vago, y no se encuentra explicitado. Es decir que, lo irrazonable para un contratante puede ser razonable para otro. Este tipo de terminología, se presta a confusiones pero también a interpretaciones absolutamente axiológicas puesto que el valor etimológico del término razonable o irrazonable va a depender de cada una de las partes contratantes y será el juez, quien deberá declarar la razonabilidad o irrazonabilidad en la aplicación de los usos y las costumbres en la integración del contrato.

“Art. 965: Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

El derecho de propiedad del contratante, su contenido patrimonial y extrapatrimonial

La Constitución Nacional garantiza el derecho de propiedad en los arts. 14 y 17. La garantía constitucional de la propiedad comprende los derechos nacidos de un contrato. Tal derecho creditorio es relativo por oposición al efecto absoluto o *erga omnes* del derecho real. La esencia del derecho creditorio no radica en el objeto de la prestación que podrá o no llegar a obtener el acreedor una conducta indebida del deudor.

La expresión legal “los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes”, implica que debe comprenderse como referido a un derecho subjetivo patrimonial de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al enunciar el concepto

genérico de propiedad empleado por la Constitución Nacional (Aparicio, 2012) en tanto en el caso “Bourdieu” el Máximo Tribunal dijo:

“(…) El Principio de Inviolabilidad de la Propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones (...)” (3).

También, en el caso “Avico” consideró:

“(…) que ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos, porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su voluntad de contratar con perjuicio de ellos (...)” (4).

B. Contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas

Concepto: el contrato por adhesión surge cuando uno de los contratantes adhiere a las cláusulas predisuesta unilateralmente por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984 C.C.C.N. ley 26994/2014). El orden público jurídico comprende la libertad e igualdad jurídica pero además existe el orden público económico que tiene por objeto impedir el desequilibrio económico y social (Spota, 2009: 66).

En el contrato de adhesión la otra parte adhiere y no existe libertad e igualdad económica que le permita rechazar esa oferta. Es lo que acontece con los servicios públicos onerosos (López de Zavalía, 1997:118).

Requisitos: El art. 985 (C.C.C.N.) prescribe:

“Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tiene por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares”.

Se destaca la legibilidad, claridad y completitud de las cláusulas generales, por ello aquellas que contiene restricciones dirigidas al adherente deben ser destacadas del contenido del contrato.

El predisponente tiene la obligación de redactar cláusulas claras inequívocas para ser entendidas por sí por el adherente. Por ello el texto redactado con palabras debe tener un sentido objetivo según el uso idiomático común o del comercio (Von Thur, 1947: 93).

Se declaran no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Las cláusulas particulares son aquellas que negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas” (art. 986 C.C.C.N. ley 26.994/2014). Al definir las cláusulas particulares como las “negociadas individualmente” rescata la noción del contrato discrecional, la autonomía de la voluntad. Cabe destacar que tanto los contratos por adhesión y los contratos de consumo generalmente son por adhesión y sólo por excepción se negocian individualmente.

Las cláusulas particulares, por ser el resultado de la libre contratación, que se amplían, limitan o supriman una cláusula general, prevalecen sobre estas últimas. Es la regla de interpretación que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula en la formalización del contrato y la cláusula gene-

(3) Corte Sup., “Bourdieu”, Fallos 145:307, 16/12/1925.

(4) Corte Sup., “Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl G.”, Fallos 172:21, 07/12/1934.

ral predispuesta se encuentra previamente elaborada por el predisponente sin que el adherente haya participado en su redacción.

Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987 C.C.C.N. ley 26.994/2014). Esta directiva de interpretación ha sido receptada en el art. 37, apart. 4º de la ley de Defensa al Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada a su vez por ley 26.994/2014) que dispone “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

La formación del contrato predisuesto, preelaborado unilateralmente por el predisponente, no permite acudir al criterio subjetivo, indagar la intención común de los contratantes al formalizar el contrato. Por ello la jurisprudencia tiene expresado que la directiva de interpretación es la de acudir a criterios objetivos y con extremado rigor, ya que el predisponente reserva para sí la creación del texto contractual, lo debe hacer en forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio (5).

La jurisprudencia ha señalado el predisponente debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad (6).

La cláusula ambigua es aquella susceptible de varios sentidos, expresada sin precisión, confusa. Por ello la regla de interpretación conlleva el reconocimiento de un principio que reconozca la equidad y proteja la relación de equivalencia de las prestaciones. La jurisprudencia tiene expresado que la regla *contra proferentem* reconoce la aplicación del principio de buena fe que lleva a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente (7).

La jurisprudencia se ha pronunciado en los contratos por adhesión el riesgo contractual lo asume el predisponente y se le atribuye responsabilidad cuando la cláusula predispuesta es ambigua (8).

Cabe destacar que aún antes de la sanción de la Ley de Defensa al Consumidor, la jurisprudencia ha expresado:

“aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el art. 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio” (9).

El art. 988 (C.C.C.N.) prescribe:

“Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección se deben tener por no escritas: a- las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b- las que importan renuncia o restricción de los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c- las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”

La definición de cláusula abusiva se encuentra en el art. 1119 referente a los contratos de consumo. “Es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o efecto

(5) CNCom., sala B, 15/04/1993, “Odrizola, B. c. Optar S.A.”, JA 1994-II-375.

(6) CNCom., Sala C, 18/10/1982, “Parodi, A. c. Ruta Coop. De Seg.”, JA 1984-I-499.

(7) CNCom., Sala B, 25/11/1991, “Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.”, LL 1992-E-575.

(8) CNCom., Sala B, 22/07/1970, “Fyma c. Columbia S.A.”, ED 39-7776.

(9) CNCom., Sala D, 19/10/1987, “Banco Liniers S.A. c. Chirón, J.”, JA 1989-I-665; CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 15/05/1987, “Sucesión de Natale c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro”, JA 1988-II-123; Cám. Civ. y Com. Junín, 26/10/1988, “Zabaleta, D. c. Pantepino de Ragozzini, N.”, JA 1989-I-51.

provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. El desequilibrio debe ser manifiesto alterando la reciprocidad de intereses. El principio de onerosidad refiere a la comparación entre provecho y sacrificio para ambas partes, desde el nacimiento del contrato existe la obligación recíproca del cumplimiento de sus obligaciones con un criterio de equivalencia y reciprocidad.

El inc. a) del art. 988 tiene su fuente en el art. 37, inc. a (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014) que dispone “(...) se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (...)”. El art. 988 supera la fuente citada al disponer “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

El inc. b) del art. 988 prescribe “las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”. Ha superado el texto del art. 37, inc. b (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014). Su fundamento es el desequilibrio contractual.

El inc. c) del art. 988 dispone: “Las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”. Es la cláusula sorpresiva, importa inequidad, irrazonabilidad, contradice las expectativas legítimas y conlleva a la desnaturalización de la relación de equivalencia en las prestaciones. Son cláusulas inusuales, de desmesurada deslealtad.

Control judicial de las cláusulas abusivas: “la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede existir sin comprometer su finalidad”. Con relación al control judicial sobre las cláusulas generales que han sido aprobadas por vía administrativa, estamos en presencia de los contratos vigilados, a los que por su contenido se encuentran regulados por el Estado. Es el supuesto de los contratos de ahorro previo, medicina prepaga, seguros. Por ello, la aprobación administrativa del contrato no impide su ulterior control judicial.

Respecto de la nulidad parcial declarada por el juez, éste debe integrar el acto de acuerdo a los intereses razonablemente perseguidos por las partes, si no puede existir sin comprometer su finalidad (Conf. art. 389, ult. Ap. C.C.C.N.).

C. Contrato de consumo

Antecedentes: desde tiempos remotos existió la preocupación de amparar a los compradores que posteriormente se designaron consumidores. Su origen se encuentra en el derecho romano, luego a principios del siglo XIX en Francia, en los códigos napoleónicos. Se destaca que al concluir la segunda guerra mundial el desequilibrio de las prestaciones llevó al análisis de juristas y legisladores. Por ello, aparece en la segunda mitad del siglo XX, el movimiento del derecho del consumo en EE.UU. y Canadá y luego en Europa Occidente. El desequilibrio entre profesionales y consumidores, la mayor dimensión de las empresas con poderes monopólicos llevaron a los consumidores a generar reclamos que obtuvieron leyes protectorias. Se señala que como consecuencia de estos comportamientos surge el Derecho del Consumo. Así en Francia nace el Código del Consumo, en Québec la Ley sobre Protección del Consumidor. En nuestro país nuestra Constitución Nacional en el art. 42 incorpora los Derechos del Consumidor y del Usuario. La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014) regula el tema en particular. En Europa, la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) ha establecido Directivas: 93/13 sobre cláusulas abusivas y 97/7 referente a los contratos a distancia (Spota y Leiva Fernández, 2009: 81-84).

El art. 1092 prescribe:

“Relación de consumo, como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a toda persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda

equiparado al consumidor quien, sin ser parte en una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Tiene su fuente en los arts. 1º y 3º (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014).

El art. 1093 dispone:

“Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

El consumidor, es la persona individual o jurídica ubicada al concluir el circuito económico, debido a que pone fin a la vida económica del bien o servicio. Quedan excluidos del concepto el consumidor comerciante, artesanal, profesional, debido a que se encuentran en el mercado en un nivel semejante al del fabricante.

Respecto a la interpretación el art. 1094 prescribe:

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

Tiene su fuente en el art. 3º (ley 24.240, modificada por ley 26.361, modificada por ley 26.994/2014).

Con relación a la interpretación restrictiva el art. 1062 preceptúa:

“Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del proveedor y del proveedor en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo respectivamente”.

El fundamento de la norma con relación a los adherentes y consumidores se justifica porque al tiempo de la conclusión del contrato, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones del proveedor, atendiendo a la naturaleza del vínculo. La directiva es aplicable al contrato de medicina prepaga en los que se juzgó que las obligaciones del proveedor debían ampliarse hasta alcanzar el piso mínimo que resulta del P.M.O. (Programa Médico Obligatorio, ley 24.455).

Cláusulas abusivas. El art. 1117 dispone: “Se aplican en este Capítulo lo dispuesto en las leyes especiales y los arts. 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes”. Al respecto remitimos al análisis realizado de los artículos referidos.

El art. 1118 prescribe: “Las incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”. Esta disposición recepta un control de incorporación al contrato de avanzada frente al derecho comparado que convalida las normas de protección al consumidor. El art. 1118 tuvo su fuente en el art. 3º de la Directiva 93/13 de la C.E.E. (hoy UE). El art. 1118 adopta la solución más equitativa al disponer “las cláusulas incorporadas a un contrato pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. La apariencia de una negociación individual no afecta la ilegitimidad de la misma”.

Cláusula abusiva. El art. 1119 dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. En Italia el “Código del Consumo” art. 33, inc. 1º) establece: “En el contrato concluido entre

el consumidor y el profesional se consideran vejatorias las que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato". En el derecho comparado, en España, Francia e Italia no regulan la circunstancia de que una cláusula sea abusiva aunque haya sido negociada individualmente por las partes.

Es abusiva la cláusula que cause un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. El desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor provoca objetivamente el perjuicio económico del adherente/consumidor. La cláusula es abusiva dado que genera un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, teniendo incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses. Es que desde el nacimiento del contrato las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, debe existir equivalencia y reciprocidad. El perjuicio al consumidor, la desventaja desnaturaliza la relación de equivalencia. La relación provecho-sacrificio remarca la relación de equidistancia para ambas partes entre las ventajas y sacrificios del contrato formalizado.

No pueden ser declaradas abusivas, el art. 1121 dispone: "a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas". No son abusivas las cláusulas que reconozcan ventajas y sacrificios análogos para ambas partes, se reservan el derecho de rescindir unilateral e incausadamente el contrato. O cuando el predisponente, autor unilateral del contenido del contrato, no puede invocar como abusiva una cláusula que el mismo creó; o cuando existe un desequilibrio insignificante en el contrato.

Control Judicial. El art. 1122 prescribe:

"El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a- la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b- las cláusulas abusivas se tiene por no convenidas; c- si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d- cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el art. 10765".

El inc. a- remite a los contratos vigilados a los que por su contenido se halla regulado por el Estado. La aprobación administrativa del contrato o de sus cláusulas no obsta a un ulterior control judicial. Especialmente en materia mercantil, hay contratos que requieren una aprobación previa, de ahorro previo, medicina prepaga, seguros. El inc. b- declara que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. El inc. c- respecto de la nulidad parcial declarada por el juez, simultáneamente debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses razonablemente perseguidos por las partes (Conf. art. 389 último párrafo).

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, modificada por ley 26.361 modificada 26.994/2014) en su art. 37 incs. a- y b- enuncia dos cláusulas abiertas que dispone:

"Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a- las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b- las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...) Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario".

La nulidad puede afectar a la totalidad del contenido del contrato o a alguna de sus cláusulas. El art. 389 dispone:

"Nulidad total es la que se extiende a todo el contrato. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas si son separables. Si no son separables porque el acto subsistir sin comprometer su finalidad, declara la

nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

Se ha resuelto “la nulidad parcial de las cláusulas de un contrato es procedente cuando cada contratante pueda considerar que quedan resguardados sus intereses con la parte válida del negocio, pese a los intereses afectados por la parte nula” (10).

Respecto al inc. d- del art. 1122 cabe señalar la importancia de la conexión funcional de los contratos conexos o coligados que en sus efectos provoca la comunicabilidad de la ineficacia (nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución) de uno sobre otro u otros vinculados. Es la ineficacia en cadena o propagada para resolver cuándo la ineficacia de un contrato habrá de extenderse a otro, debe indagarse la finalidad de la conexión. Cuando concurren contratos a la concreción de un propósito práctico previsto por las partes, la ineficacia de uno se propaga al conjunto, cuando el resultado del proyecto contractual sólo puede lograrse con el cumplimiento del conjunto de los contratos (Díez-Picazo, 2007: 574).

II. Conclusión

El análisis del Código Civil y Comercial de la Nación de la teoría general que comprende tres categorías de contrato: el contrato discrecional, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas y el contrato de consumo es superador a la regulación jurídica vigente. Si bien el Codificador fue un visionario para la época de la sanción del Código Civil, la *ethologia* social nos lleva a que el derecho acompañe en forma dinámica, las necesidades de la sociedad argentina y modifique la normativa vigente, la que por otra parte ha sido víctima de diferentes reformas y parches legislativos en aras de una adecuación más cercana a la realidad.

No obstante ello, se han regulado nuevas categorías de contratos, se ha normado la inviolabilidad de los derechos de la persona humana y se ha constitucionalizado el derecho privado, tal y como parte de la doctrina civilista consideraba desde hace algunos años que debía de regularse.

La normativa protectoria a los consumidores y usuarios, también regulada en la actual ley 26.994/2014, mejora la posición del contratante más débil, con respecto a las empresas prestadoras de servicios y dadoras de bienes de consumo dentro del tráfico negocial. Si bien las leyes 24.240 y su reforma 26.361, protegían a los consumidores y usuarios, el nuevo código cubre más aún la contratación.

Los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, también fueron un logro de la regulación actual, ya que han quedado claramente plasmados en la base jurídica objetiva.

Por último, pero no por ello menos importante, cabe destacar que si bien festejamos el avance del derecho con una nueva mirada de la sociedad argentina, no dejamos de reconocer que, el nuevo Código sufre de algunas inconsistencias y términos vagos y ambiguos que darán trabajo a los soldados silenciosos de la jurisprudencia —los abogados, como lo expresaba Lafaille— y harán que los jueces tengan que tener una visión integradora del derecho, sin apearse exegéticamente en su interpretación a la letra fría de la ley o a la disposición exacta de la norma, en aras de una mejor solución de los planteos judiciales, a modo de que volvamos a creer que contamos con la seguridad jurídica que nunca debimos haber perdido.

III. Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal (1998). *Contratos. Civiles — Comerciales — de Consumo. Teoría General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 51.

APARICIO, J. M., (2012). *Contratos en general. Observaciones al Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley, F, 1213.

(10) ST Misiones, 24/03/1999, “I.F.A.I. c. Yerba Alem S.A.”, LLLitoral 2000-979.

BUERES, A. J., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. T. I. Buenos Aires: Hammurabi. ps. 556/557.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Introducción, Teoría del contrato*. Madrid: Thomson-Civitas.

GELLI, M. A., (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 4ª ed. Ampliada y Actualizada, t. I. Buenos Aires: La Ley, ps. 56. 580.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., (1997). *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavalía.

NINO, C. S. (2003). *La Definición de Derecho. "Introducción al Análisis del Derecho"*. 12ª reimpresión, ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea. ps. 14-15.

RIVERA, J. C. y Medina, G., (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. t. III. Buenos Aires: La Ley. ps. 415, 416, 418.

SPOTA, A. G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., (2009). *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Tº I y II. Buenos Aires: La Ley. Tº I, p. 51- 55,66. Tº II, p. 115- 118.

STIGLITZ, R. S. (2012). "La teoría del contrato en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, C-1288.

VON THUR, A., (1947). *Teoría General del Derecho civil alemán*. B, Vol. II. Buenos Aires: Depalma.

Legislación

Ley 26.944, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires (07/09/2014).

Ley 32.985, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires (08/10/2014).

Jurisprudencia

Corte Sup., "Bourdieu", Fallos 145:307, 16/12/1925.

Corte Sup., "Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl G.", Fallos 172:21, 07/12/1934.

CNCom., Sala B, 15/04/1993, "Odriozola, B. c. Optar S.A.", JA 1994-II-375.

CNCom., Sala C, 18/10/1982, "Parodi, A. c. Ruta Coop. De Seg.", JA 1984-I-499.

CNCom., Sala B, 25/11/1991, "Albert, A. M. c. La Austral Cía. de Seg.", LL 1992-E-575.

CNCom., Sala B, 22/07/1970, "Fyma c. Columbia S.A.", ED 39-7776.

CNCom., Sala D, 19/10/1987, "Banco Liniers S.A. c. Chirón, J.", JA 1989-I-665; CNCiv. y Com. Fed. , Sala 3ª, 15/05/1987, "Sucesión de Natale c. Caja Nac. de Ahorro y Seguro", JA 1988-II-123; Cám. Civ. y Com. Junín, 26/10/1988, "Zabaleta, D. c. Pantepriño de Ragozzini, N.", JA 1989-I-51. ♦

Fecha de recepción: 03-04-2015

Fecha de aceptación: 22-09-2015