

LA PARTE GENERAL SOBRE EL CONTRATO EN EL ANTEPROYECTO DE  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE 2012.  
FUNDAMENTOS <sup>1</sup>

**Título II. De los contratos en general**

**1. La regulación del tipo general del contrato**

**1.1. Extensión**

El anteproyecto regula tanto los contratos civiles como los comerciales, siguiendo los lineamientos de los proyectos anteriores.

El aspecto más discutido es la regulación de los contratos de consumo en el ámbito del Código Civil y su grado de extensión.

En el derecho comparado hay distintos modelos.

Una opción es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del Códice del Consumo Italiano (Decreto Legislativo nº 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco la incorpora al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2 al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas operaciones de consumo”.

Con otro criterio, la reforma del año 2002 el Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al Derecho del Consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de contratación (Libro 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, arts. 194 a 196).

En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo.

---

<sup>1</sup> El fragmento corresponde a las páginas 621 y siguientes del documento que se encuentra accesible en [www.infojus.gov.ar/\\_pdf/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.infojus.gov.ar/_pdf/codigo_civil_comercial.pdf)

## **1.2. Problemas de la regulación**

La extensión del objeto regulatorio plantea problemas en cuanto a las distinciones y al modo en que se presentan. Una posibilidad consiste en regular el contrato discrecional y dedicar algunos artículos relativos a los efectos que consideren la temática de los vínculos de consumo. Esta perspectiva fue adoptada en el Proyecto de 1998, pero la evolución que ha experimentado la materia desde entonces impide este abordaje, ya que la amplitud de la definición de la relación de consumo existente hace que los contratos de consumo constituyan un ejemplo de la fragmentación del tipo general.

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

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

En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (Ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (Ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia.

Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo. Una vez establecida esta premisa, es necesario precisar cual el método para ordenar con claridad estas disposiciones.

## **1.3. Método**

El Proyecto de 1998 estableció el siguiente orden: LIBRO CUARTO. “De los derechos personales”; Título I De las obligaciones en general; Título II: De los contratos en general. Dentro de los contratos en generales fijo la siguiente división: Capítulo I: Disposiciones generales; Capítulo II: Categorías de contratos; Capítulo III: Formación del consentimiento; Capítulo IV: Incapacidad e inhabilidad para contratar; Capítulo: V Objeto; Capítulo VI: Causa ; Capítulo

VII: Forma; Capítulo VIII: Prueba; Capítulo X: Interpretación; Capítulo XI: Subcontrato; Capítulo XII: Extinción, modificación y adecuación del contrato; Capítulo XIII: Postcontrato; Título III: De los contratos en particular.

La definición del contrato (artículo 899) tiene cinco incisos que se refieren al contrato, contrato discrecional, predispuesto, condiciones generales, celebrado por adhesión.

La inclusión de varias nociones de contrato en un solo artículo puede generar confusiones en la práctica y en la interpretación jurisprudencial, y por eso preferimos adoptar un método distinto.

Dentro del Libro Cuarto (derechos personales) y luego del título I (de las obligaciones en general), se distinguen tres títulos: el primero dedicado a los contratos en general, el segundo a los contratos de consumo y el tercero a los contratos en particular.

## **2 . Concepto y principios generales**

Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes:

La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.

La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el título preliminar. Los contratos obligan, no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. La amplitud que se le reconoce a este principio es consistente con la que le ha dado la doctrina y jurisprudencia argentinas. En cuanto a la extensión temporal, se incluye la ejecución, con lo cual resulta innecesario crear una nueva figura denominada "poscontrato" (Art. 1063 Proy. 1998).

Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado, y el orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto.

En este capítulo se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato.

Se dispone que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

Esta norma estaba en el Proyecto de 1998 y sigue la jurisprudencia argentina en la materia. La regla es que los jueces no pueden modificar un contrato,

porque deben respetar la autonomía privada. La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, pero en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.

Los problemas que ello podría suscitar con relación a la aplicación del principio protectorio están solucionados al admitirse el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente.

Los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contextos de emergencia económica.

En cuanto a la clasificación de los contratos, se sigue el modelo de Proyecto de 1998, receptando algunas modificaciones sugeridas por la doctrina.

### **3. Formación del consentimiento.**

El consentimiento es regulado ampliamente, contemplando las diversas etapas que se dan en los usos locales, así como su recepción en la jurisprudencia y doctrina.

Se le dedican cuatro secciones, que son las siguientes:

#### **3.1. Consentimiento.**

En la Sección Primera se trata del consentimiento, la oferta y la aceptación.

La regla general es que los contratos se perfeccionan la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. La redacción se ajusta a los principios de Unidroit, que receptan la oferta/aceptación, como aquellos casos en que hay un proceso continuo que comienza con tratativas y se va concretando gradualmente. Las particularidades que surgen de los contratos por adhesión y de consumo, son reguladas separadamente y no se confunden con esta normativa general.

La oferta es una manifestación unilateral de voluntad, lo que es más que la mera declaración, comprendiendo aquellos casos en que es expresa o tácita, recepticia o no, dirigida a persona determinada o indeterminada y se describen sus requisitos. Se regula la invitación a ofertar, la conclusión de la vigencia de la oferta, la fuerza obligatoria y la revocación.

En cuanto a la aceptación también se siguen los criterios ya establecidos en doctrina y jurisprudencia, así como en el Proyecto de 1998. Para que el contrato

se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta.

Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. En este último aspecto, hemos ajustado la redacción admitiendo la posibilidad de que las modificaciones puedan ser admitidas por el oferente, lo cual se compadece con criterios internacionales y agiliza las transacciones.

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

### **3.2. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales**

En esta Segunda Sección se comienza con la siguiente definición: “contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción” En este tema hay varios aspectos para considerar:

**A). Método:** Algunos de los Códigos vigentes en la región no tratan el tema (por ejemplo, Brasil, Uruguay y Colombia). La excepción la constituye Perú que lo hace en diez (10) disposiciones. Con relación al contenido de leyes especiales, destacamos que el Código de Defensa del Consumidor” de Brasil, contiene una sección con un (1) artículo (54) y cuatro (4) párrafos. Ecuador dispone de una ley especial (2000-21) que reproduce literalmente el texto al que hemos aludido precedentemente de Brasil. Lo propio acontece con Paraguay por ley especial (1.334) que contiene un artículo definiendo el contrato por adhesión (24) y otro que alude a los caracteres legibles del contenido (25). Finalmente, Colombia carece de toda regulación sobre el tema. En nuestro país debemos tener en cuenta que el tema ha sido profusamente tratado desde hace muchos años por la doctrina, la jurisprudencia y por los proyectos de legislación, razón por la cual no se puede obviar su regulación.

#### **B. Adhesión o predisposición**

Es necesario establecer algunas precisiones acerca del fenómeno que se regula.

El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo.

El campo de aplicación son los contratos que no son de consumo y que presentan situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

En este aspecto sugerimos una diferencia respecto del Proyecto de 1998.

En el texto mencionado se considera que es contrato predispuesto “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”, condiciones generales son “las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y se define al contrato celebrado por adhesión como “al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación” (art 899 y cc).

Sin perjuicio de la corrección de estas disposiciones, hemos preferido una solución que parece ser más simple, regulando el contrato celebrado por adhesión a condiciones generales y, dentro de la sección, fijando algunas reglas para la redacción de cláusulas predispuestas.

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere.

La predisposición, en cambio, es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente, puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo.

La razón de ello es que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes: ello puede ocurrir porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por una de ellas o por un tercero.

La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una calidad del contenido, como ocurre en la predisposición. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abuso.

Por esta razón sugerimos basar la regulación en la adhesión, antes que el carácter pre-redactado o no de las cláusulas, sin perjuicio de fijar algunas reglas para estas últimas.

El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera:

- Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.
- Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen.
- Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

### **C. Cláusulas o condiciones:**

La expresión "condiciones generales" goza de aceptación en varios sistemas legales europeos (Código civil de Italia (artículo 1341); Código civil de Alemania (parág. 305), decreto ley 1/2007 de España sobre "Defensa de los consumidores y usuarios"; Principios Lando (artículo 2.209), el artículo 33 del "Proyecto Europeo de Contratos" (Pavia/Gandolfi) en su artículo 33). En nuestro sistema legal, el término "condición" tiene un significado técnico específico en el ámbito de las obligaciones y contratos, que no se compadece con el supuesto que estamos considerando.

Por esta razón preferimos utilizar el vocablo "cláusulas".

En cuanto al vocablo "general" es necesario decir que no se refiere a la cláusula general como concepto jurídico indeterminado, que es el significado propio que tiene este término en el campo de la filosofía del derecho. En el ámbito contractual, es claro que se refiere a aquellas cláusulas que son redactadas para una generalidad de sujetos en forma previa y no modificable mediante la negociación individual.

Esta cláusula general se distingue de la particular (art 986). La primera es elaborada para una generalidad de sujetos indeterminados y es inmodificable; la segunda puede ser modificada por una negociación individual. No hay adhesión, sino negociación y consentimiento. Por eso la norma establece que son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

### **D. Control de incorporación y de contenido**

De conformidad con las pautas señaladas por la doctrina argentina, se definen criterios para el control judicial tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido, lo cual se hace a través de la fijación de un criterio general. Una materia opinable es si se adopta un listado cláusulas abusivas que son nulas

de pleno derecho, y otro que las considera sospechosas. La ventaja de este sistema es que la claridad en la definición disminuye la litigiosidad, porque las partes saben a qué atenerse cuando redactan un contrato.

Los autores opinan que un listado de este tipo es útil, pero que debería estar en la legislación especial, como de hecho ocurre. Una primera razón es que pierden actualidad de modo muy rápido y, en tal caso, surge la necesidad de actualizar el listado, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. Una segunda cuestión es que el abuso de las cláusulas es un fenómeno sectorial, y son distintas las que se pueden observar en la medicina privada, en el turismo, en el crédito al consumo o la venta de automotores. Ello hace que la sede natural sea la legislación especial.

Por ello es que hemos preferido un criterio general amplio, que sirva para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial.

### **E. Efectos**

Se establecen requisitos para las cláusulas generales predispuestas: deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares.

Su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

La definición de cláusula abusiva es más extensa, ya que comprende los concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, contienen cláusulas predispuestas. La razón de esta extensión es que no se trata de un control de incorporación, sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento. Además, como lo indicamos arriba, hemos incorporado reglas sobre las cláusulas predispuestas.

Son abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.

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

### **3.3. Tratativas contractuales.**

En esta materia se comienza con la enunciación de un principio general, que, en este caso, es la libertad de negociación, según la cual, las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento. Seguidamente se desarrolla otro principio, el de la buena fe, que dispone que las partes deben actuar de buena fe en el curso de las negociaciones para no frustrarlas injustificadamente.

Puede parecer una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que es un área muy dinámica, con un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en tales condiciones es conveniente sentar principios generales que permitan esa labor. También debe considerarse que toda la temática de los periodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el capítulo tercero.

De tal modo, a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran las soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales.

También se regula el deber de confidencialidad, y las consecuencias del incumplimiento.

### **3.4. Contratos preparatorios.**

En esta sección se regulan los contratos preparatorios, con un sentido también amplio, dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para negociar. Se definen el contrato preliminar, la promesa de contratar, la cláusula de opción, el pacto de preferencia, el contrato cuyo perfeccionamiento está sometido a condición suspensiva y el que está vinculado a la conformidad o aprobación de un tercero.

### **4. La función social del contrato**

Han existido debates sobre la inclusión de una cláusula general referida a la “función social del contrato” similar a la contenida en el artículo 421 del Código Civil de Brasil. Esta concepción, en nuestro criterio, está emparentada con la idea de función económica del contrato mediante la cual la doctrina italiana justificó, a partir del pensamiento que desarrolló Scialoja en un curso pronunciado a fines del siglo XIX, la razón determinante de su reconocimiento por el Derecho. Quizás puede considerársela muy próxima a la concepción de Betti (“Teoría general del negocio jurídico”, pág. 87), para quien el contrato debe satisfacer una finalidad económico social, la cual resulta de su utilidad o trascendencia social, y es determinada tomando en cuenta el interés público. También es utilizable la idea de Rescigno (“Manuale del Diritto Privato Italiano”, pág. 303), para quien el contrato debe cumplir una función socialmente digna, la cual está determinada por el interés de los propios contratantes. O la de Galgano (“El negocio jurídico”, pág. 109), para quien esa función económico social del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil.

En suma, seguramente se interpretará que la exigencia de que el contrato sea celebrado en razón de su función social, y dentro de sus límites, no implica que ciertos intereses estrictamente individuales carezcan de tutela legal; pero sin embargo será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el tema es muy controvertido y exige analizar varias cuestiones:

#### **4.1. Una sola cláusula o varias**

En este aspecto hay varias opciones: a). admitir una función social del contrato, o b) una función social de la libertad de contratar (más limitada); o c) restringir la cláusula a los contratos de consumo o d) no regularla aclarando que está suficientemente contemplada en otras cláusulas generales como abuso del derecho, cláusulas abusivas, etc.

En nuestra tradición jurídica hay que tener en cuenta la historia y las costumbres, sobre todo la incorporación, a partir de la ley 17711 de cláusulas generales que han tenido mucha aplicación que no se puede ignorar: abuso del derecho, lesión, buena fe, etc.

La función “social” se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justifique incorporar



una nueva que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido.

La función social aplicada al contrato comprende a los de consumo, celebrados por adhesión y a los discrecionales, lo cual incluye en un mismo concepto a finalidades muy disímiles. En cambio, las cláusulas vinculadas al ejercicio de los derechos no se vinculan necesariamente con el tipo contractual y son mucho más permeables en su aplicación.

#### **4.2. Función social y ambiental**

También hay que considerar que la función no es solo social. Existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”, que ya no responde a la división entre contratos de consumo y discrecionales, ni tiene relación alguna con el principio protectorio. La función ambiental es transversal a todos los contratos: se aplica tanto a las empresas como a los consumidores.

Esta función permite al Juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como el ambiente.

#### **4.3 Solución adoptada**

En el anteproyecto que presentamos existe un título preliminar en el que se fijan pautas sobre el ejercicio de los derechos en general, entre las cuales están la buena fe y la prohibición del abuso, tanto en relación al ejercicio de los derechos individuales como en cuanto a los derechos de incidencia colectiva. De tal manera, no existe dificultad alguna para que, con estos instrumentos, los jueces puedan aplicar las nociones de función social y ambiental, utilizando los instrumentos que han sido tradicionales en el derecho nacional.

Por lo tanto, consideramos que es mejor mantener el sistema de varias disposiciones, antes que crear una sola comprensiva de todas ellas.

#### **5. Capacidad. Objeto. Causa. Forma. Prueba**

En materia de capacidad se regulan los efectos de la invalidez, y las inhabilidades generales y especiales, siguiendo las propuestas del Proyecto de 1998.

En virtud de la amplia regulación de los actos jurídicos, se ha decidido omitir la definición de objeto y de causa, tarea que, por otra parte, incumbe a la doctrina. En cuanto al objeto, se dispone que debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial. En materia de prohibición se incluyen los supuestos habituales, pero se agrega la dignidad de la persona humana, conforme a las especificaciones del título preliminar. También se establecen los criterios de determinación, bienes futuros, ajenos, litigiosos y la contratación sobre herencia futura.

Se propone una regulación del objeto de los contratos de larga duración.

El modelo contractual “clásico” está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo.

Habitualmente, la noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra.

Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el signalagma original. El objeto del contrato puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica. La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar el elemento conmutativo del negocio mediante un concepto relacional y dinámico. No nos parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido. Hemos optado por un solo artículo breve que establece que En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber secundario de conducta de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decida la rescisión debe dar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

En cuanto a la causa, se deben tener en cuenta los textos existentes en Hechos y Actos Jurídicos y en Obligaciones. En la disciplina contractual se reproducen las normas del Proyecto de 1998, el que, a su vez, siguió el de 1993 y la posición de la doctrina mayoritaria.

Conforme con los fundamentos del mencionado proyecto: "Se pone el acento en la finalidad, estableciendo que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución, así como que la inexistencia de la causa, o su insubsistencia, da lugar, según los casos, a la invalidez, a la adecuación o a la extinción del contrato, o a la ineficacia de sus estipulaciones. Se presume que el contrato tiene causa, aunque no esté expresada, y que ella es lícita. Se prevé que, si el contrato en el cual la causa expresada resulta falsa, vale igualmente si el interesado prueba que se funda en otra causa verdadera, siempre que ésta sea lícita.

Para la regulación de la forma y prueba, se siguen los lineamientos generales de la doctrina y proyectos anteriores.

#### **6. Efectos. Vicios redhibitorios y obligación de saneamiento**

En la Sección Primera se adopta el principio efecto relativo de los contratos, siguiendo las normas del Proyecto de 1998. En todo lo demás y, salvo algunas adaptaciones y recepción de observaciones de la doctrina, se sigue al proyecto referido en cuanto a la incorporación de terceros al contrato, excepciones al cumplimiento, cumplimiento imposible, obligación de saneamiento, garantía de evicción y por vicios ocultos.

En la Sección Segunda se regula la incorporación de terceros al contrato, siguiendo los antecedentes del Proyecto de 1998, con las correcciones que han sido sugeridas por la doctrina.

En la Sección Tercera se establece la suspensión del cumplimiento con dos normas importantes. En la primera se establece que En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofreciere fehacientemente cumplir, siempre que hubiere una afectación significativa de la relación de equivalencia y la obligación no fuere a plazo. Podrá también demandar judicialmente la ejecución judicial simultánea de las obligaciones de ambas partes.

Si la prestación es a favor de varios interesados, puede rehusarse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación. En la segunda, hay un mecanismo de tutela preventiva que establece: Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos corrieren una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando ésta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Ambas normas dan solución práctica a muchos conflictos de manera preventiva.

En cuanto a los vicios redhibitorios y la obligación de saneamiento, se han seguido los criterios ya consensuados en proyectos anteriores.

### **7. Interpretación.**

En materia de interpretación se consagra el principio de la buena fe, en concordancia con el título preliminar. Siguiendo las líneas de proyectos anteriores, se consagra la interpretación estricta para los casos en que así lo dispone una estipulación o disposición legal.

Para los demás casos se debe tomar en consideración las circunstancias en que el contrato se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; la conducta de las partes, incluso la posterior a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato; el sentido que comúnmente se dé a tales cláusulas y expresiones en la actividad a la que corresponda su objeto.

También se precisa el significado que debe dársele a las palabras del contrato, la interpretación conforme al conjunto del acto, el principio de conservación, el principio de apariencia, y el de coherencia.

Se consagran principios clásicos de la hermenéutica contractual. En este sentido cabe resaltar la norma que sostiene: la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Este dispositivo es esencial en las relaciones mercantiles.

### **8. Subcontrato. Extinción, modificación y adecuación del contrato.**

En este capítulo se regula el subcontrato como un nuevo contrato, mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratista una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal. En cuanto a las consecuencias se siguen las disposiciones del Proyecto de 1998.

En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones.

### **9. Contratos conexos**

Se ha incorporado una regulación amplia de los contratos conexos, ampliamente investigada en la doctrina. Esta labor es descriptiva, pero escasean

los conceptos normativos y hay pocos antecedentes en el derecho comparado.

Por esta razón no es sencillo delimitar con precisión los elementos constitutivos del concepto, así como sus fronteras. Por otra parte, siendo una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, no pueden admitirse criterios laxos que afecten la noción y funcionamiento del contrato. Estas razones hacen que sea imprescindible una definición normativa, que consta de los siguientes elementos:

- Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí. El primer elemento es que existan dos o más contratos, es decir, no se trata de un fenómeno que ocurre dentro de cada contrato, sino que es exterior, involucra a varios.
- Una finalidad económica común. La idea de negocio económico hace que se utilicen varios contratos para concretarlo o para hacerlo más eficaz. Es una finalidad supracontractual.
- Previamente establecida. No se trata de cualquier finalidad económica común, sino de un diseño previo. Es muy habitual que los vínculos queden conectados de múltiples maneras, pero lo que se toma en cuenta es una finalidad previa.
- De modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. La decisión de vincular contratos es decisiva para el logro del resultado; lo importante es el negocio económico y el contrato es un instrumento.

De esta manera quedan comprendidas las redes contractuales que constituyen un importante sector de la actividad económica.

Luego se regulan los efectos en materia de interpretación, y la oponibilidad de las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso.

### **TITULO III. Contratos de consumo.**

#### **1. Método**

De conformidad con la posición asumida en el punto primero del Título II, hemos decidido incorporar la regulación de los contratos de consumo. Hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. El problema que debemos resolver en este título es cuál es la extensión de la regulación, en particular, si es adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales.

La primera opción no ha sido seguida en la legislación comparada. Si bien hay Códigos que han incorporado reglas específicas, lo han hecho de modo muy limitado. Hay dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a). la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b). La sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema. Hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

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

- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.
- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.
- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad

civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común,

- En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

De modo complementario con esta concepción, es necesario dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores, y en los aspectos generales, solucionar algunos problemas. Por esta razón es que se abordamos la noción de relación y de contrato de consumo y otros aspectos.

## **2. Definición de relación y contrato de consumo**

La regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, depende de lo que se entienda por relación de consumo. La solución más sencilla es remitir a la ley especial, pero ocurre que la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26.361, ha sido criticada ampliamente por la doctrina en este aspecto.

Por esta razón se adoptan las siguientes definiciones normativas:

**Relación de consumo. Consumidor.** Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

**Contrato de consumo.** Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas

comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.

### **3. Consecuencias prácticas del método adoptado**

- Al separar en dos títulos, el régimen de contratos de consumo es totalmente diferente. Por esta razón, en los contratos de consumo hay un control de incorporación y de contenido de la cláusula abusiva. Esta característica hace que pueda ser declarada abusiva aún cuando el consumidor la apruebe; lo mismo ocurre con la aprobación administrativa; nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.
- En el otro extremo están los contratos negociados, regulados en el primer título, a los que nada de lo anterior se aplica. Dentro de los contratos negociados, puede haber una situación de debilidad que son los de adhesión, donde la negociación no se produce. En estos casos distinguimos: si hay negociación, es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso.
- Es necesario definir la relación de consumo, porque esta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales.
- En la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo no solo se incorpora el criterio más extendido actualmente, que es el de la no profesionalidad, sino que también se resuelven muchos conflictos. En particular hay mucha discusión sobre los vínculos que celebran empresas para su consumo final, que, con esta definición, quedan excluidos. La tutela, en este último supuesto, surgirá de los contratos celebrados por adhesión. De esta manera hay mayor consistencia con el derecho brasileño, ya que el Supremo Tribunal Federal consideró que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, y la doctrina ha comentado favorablemente esta interpretación, señalando que lo contrario haría que se borre toda distinción entre comercio y consumo, lo que terminaría en una generalización que perjudicaría a los más débiles.

### **4. Formación del consentimiento**

En este tema hay profundas diferencias con la parte general de contratos regulada en el Título II, y además, no hay una regulación sistemática en el derecho argentino, lo que justifica una mayor extensión en el tema.

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

Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el "trato digno", de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma: "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 comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor (Artículo 8 bis incorporado por artículo 6° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

Sin derogarla, se la amplia con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. La ley vigente tiene la siguiente norma: "Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. (Art 8. Párrafo incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 24.787 B.O. 2/4/1997).

La regulación que proponemos es más amplia, sistemática y conforme a los criterios actuales de la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales y

se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

### **5. Modalidades especiales**

En este capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

- El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado,
- La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación,
- El derecho a la revocación
- El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción. Estas normas completan las existentes en los arts 32, 33, 34 de la ley especial (26361) y proveen soluciones a problemas muy concretos señalados por la doctrina. Se sigue la técnica de reglas generales que pueden ser complementadas por la legislación posterior específica.

### **6. Cláusulas abusivas.**

En este capítulo se disponen reglas generales sobre las cláusulas abusivas. En cuanto a las normas aplicables, se debe recurrir a las de este capítulo, a las de las leyes especiales y a las relativas a contratos celebrados por adhesión. Como ya dijimos, estas últimas resultan aplicables existan o no cláusulas generales, ya que el elemento activante es la existencia de un contrato de consumo. En todos los casos resulta aplicable siempre la tutela más favorable al consumidor, como surge expresamente de la parte inicial de este capítulo. También se aclara que pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean aprobadas expresamente por el consumidor.

Se define la cláusula abusiva conforme a un criterio general: es abusiva la cláusula que, no habiendo sido 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. Ello se complementa con los listados existentes en las leyes especiales.

También se define la situación jurídica abusiva, diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos. Ello es consistente con lo dispuesto en materia de ejercicio abusivo en el título preliminar y de contratos conexos en la parte general de contratos.

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