

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



IVÁN AGUSTÍN GUERESCHI

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN
PARA EL CONSUMO FINAL**

2017

CARRERA DE ABOGACÍA

“La experiencia de la contratación por adhesión revela la permanente incorporación de cláusulas abusivas: aquellas que desnaturalizan la relación de equivalencia de los derechos y obligaciones entre empresario y consumidor” (Morello, Stiglitz y Stiglitz, 1991, p. 33).

RESUMEN

El presente trabajo abordará la relación entre las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión redactados para proveer de servicios y productos para el consumo final, dado que son los más utilizados en el comercio actual. Tema muy discutido en la actualidad, sobre todo en lo que respecta a la formación del consentimiento.

Por otro lado, analizará las innovaciones que incorporó el Código Civil y Comercial de la República Argentina en relación a la protección a los consumidores y usuarios que contratan bajo esta modalidad contractual.

PALABRAS CLAVE

Contratos por adhesión - Consumidor - Cláusula abusiva.

ABSTRACT

The present work will deal with the relationship between unfair terms and adhesion contracts written to provide services and products for final consumption, since they are the most used in the current trade. This subject is very much discussed at present, especially with regard to the formation of consent.

On the other hand, it will analyze the innovations that incorporated the Civil and Commercial Code of the Argentine Republic in relation to the protection to consumers and users that contract under this contractual modality.

KEYWORDS

Accession contracts - Consumer - Abusive clause.

ÍNDICE

❖	Introducción	4
❖	Capítulo 1: Consideraciones preliminares	5
	1.1. Introducción.....	5
	1.2. El contrato desde su concepción hacia su codificación en el Derecho Argentino....	6
	1.3. La protección constitucional del consumidor.....	8
	1.4. Definición general de contrato en el Código Unificado.....	10
	1.5. La buena fe como principio rector de las relaciones contractuales.....	12
	1.6. Conclusión.....	13
❖	Capítulo 2: Relación de consumo, contrato de consumo y contrato de adhesión	14
	2.1. Introducción.....	14
	2.2. Relación de consumo.....	15
	2.3. Contrato de consumo.....	20
	2.4. Contrato de adhesión.....	22
	2.4.1. Formación del consentimiento.....	27
	2.4.2. Naturaleza jurídica.....	29
	2.4.3. Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y contratos a distancia.....	30
	2.5. Régimen aplicable: contratos de consumo y contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.....	36
	2.6. Conclusión.....	38
❖	Capítulo 3: Principios protectorios del consumidor/adherente	38
	3.1. Introducción.....	38
	3.2. Art. 1094 y 1095 CCCN: principio “ <i>in dubio pro consumidor</i> ”.....	39
	3.2.1. Principio “ <i>in dubio contra stipulatorem</i> ”.....	42
	3.3. La vulnerabilidad como justificativo de la protección.....	43
	3.4. Orden Público versus autonomía de la voluntad.....	44
	3.5. Principio de las cargas dinámicas de la prueba.....	46
	3.6. Derecho a la información.....	48
	3.7. Trato digno, equitativo y no discriminatorio.....	49
	3.8. Conclusión.....	51
❖	Capítulo 4: Cláusulas abusivas en general	51
	4.1. Introducción.....	51

4.2. Concepto.....	51
4.3. Control y efectos.....	56
4.3.1. Control administrativo.....	56
4.3.2. Control judicial.....	58
4.3.3. Efectos de las cláusulas abusivas.....	60
4.3.3.1. Integración del contrato.....	61
4.4. Conclusión.....	62
❖ Capítulo 5: Cláusulas abusivas en particular	62
5.1. Introducción.....	62
5.2. Cláusula de modificación unilateral del contenido.....	63
5.3. Cláusula de renuncia de los derechos del consumidor.....	64
5.4. Cláusula de prórroga de jurisdicción.....	65
5.5. Derecho de retención y pérdida de las sumas abonadas.....	67
5.6. Limitación a la responsabilidad por daños.....	67
5.7. Cláusulas que imponen la inversión de la carga probatoria.....	69
5.8. Cláusula facultativa de interpretación del contrato.....	69
5.9. Conclusión.....	70
❖ Conclusión Final	70
❖ Bibliografía	75
Doctrina.....	75
Legislación.....	80
Jurisprudencia.....	81

Introducción.

El presente trabajo abordará la problemática de las cláusulas abusivas que surgieron como consecuencia de las nuevas realidades de la economía y del mercado. Ellas han generado cambios en las formas de consumo y en la actualidad se dan bajo los denominados contratos de adhesión, de contenido predispuesto, contratos estándares, aceptación a cláusulas predispuestas, etc.

En relación a lo propuesto es que me interrogo acerca de cuándo son consideradas abusivas las disposiciones incluidas en estas modalidades contractuales y qué dispone al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Teniendo como meta de este trabajo analizar (objetivo general) las respuestas que otorga el derecho frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores finales.

El marco metodológico que guiará esta temática será de tipo explicativo-descriptivo. Explicativo porque intenta determinar las relaciones de causa y efecto que subyacen a los fenómenos observados y de corte descriptivo porque realiza una descripción del fenómeno bajo estudio mediante la caracterización de sus rasgos generales. El enfoque es de tipo cualitativo porque no incluye variables estadísticas basadas en hipótesis. Se utilizan los datos encontrados para demostrar la realidad observada del modo más objetivo posible y abordar así el problema de investigación planteado.

El desarrollo del trabajo comprenderá cinco capítulos. La temática correspondiente al primero de ellos estará abocada a la evolución de las formas de contratación, y conceptos generales como la nueva definición de contrato incorporada en el CCCN, la buena fe contractual y los derechos tutelados a los consumidores y usuarios en la Constitución Nacional. El segundo capítulo referirá a las relaciones de consumo y la conexión entre los contratos de consumo y por adhesión a cláusulas predispuestas. Diferenciar cada uno de estos institutos en forma separada es clave para comprender el régimen jurídico aplicable y la particular manifestación del consentimiento por parte del usuario o consumidor (adherente). El capítulo tercero introduce los principios que protegen a los consumidores y usuarios antes, durante y después de finalizada la relación contractual. Se especifican los principios “*in dubio pro consumidor*” e “*in dubio contra stipulatorem*” basados en la vulnerabilidad del consumidor, el orden público y el derecho a la información, el trato digno, equitativo y no discriminatorio. Incluye un apartado sobre el principio de cargas dinámicas de la prueba - de tendencia jurisprudencial, doctrinaria y recogido en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) - que apunta a eliminar el

rigorismo formal en casos de conflictos entre las partes contratantes. En el capítulo cuarto se desarrolla el concepto de cláusulas abusivas, las formas de control que el ordenamiento jurídico estipula y los efectos que ellas producen al ser declaradas como tales. En el capítulo final (quinto) se describen algunas de las manifestaciones particulares de las cláusulas abusivas analizando en cada apartado los instrumentos normativos que las regulan y las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas al tema. Por último en función de toda la información recabada se exponen las conclusiones finales.

En el desarrollo total del trabajo se incluyen distintos puntos de vista doctrinarios y también jurisprudenciales que sustentan el contenido respectivo. En relación a la doctrina primaria consultada se deja explicitado que fueron seleccionadas: el manual de R. L. Lorenzetti (2009) sobre el cual se vislumbraron los antecedentes que sirvieron como base para la redacción del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. El libro de C. E. Tambussi (2015) porque se abocó a comentar las innovaciones introducidas en el CCCN en materia de consumo y los artículos publicados por R.S. y G.A. Stiglitz, reconocidos doctrinarios del tema en cuestión.

Con este proyecto se pretende mostrar que son infinitas las situaciones en que los contratos por adhesión contienen cláusulas abusivas a pesar de las disposiciones del CCCN y de la LDC. Situación que muchas veces se produce por desconocimiento, otras por falta de tiempo o simple desgano o porque los consumidores suelen “dejar pasar” ciertos abusos de las empresas o negocios cuyos productos o servicios contratan.

Capítulo 1: Consideraciones preliminares.

1.1. Introducción.

El presente capítulo refiere a conceptos claves e introductorios de toda la temática. Se inicia con la evolución del régimen de los contratos en el ordenamiento jurídico de la Nación Argentina, las modificaciones de la protección del derecho consumeril en la Constitución Nacional (CN) y las leyes especiales. Luego introduce los conceptos actualizados por el CCCN de contrato, acto jurídico, consentimiento y el principio rector de las relaciones contractuales: el de la buena fe. Estos elementos son de vital importancia ya que constituyen la base conceptual del resto del trabajo. La finalidad del presente capítulo es introducirse los mencionados conceptos generales.

En el país, ante los cambios producidos desde mediados del siglo XX y fundamentalmente por los avances del mundo tecnológico se dictaron numerosas leyes tendientes a subsanar estos desequilibrios que traía esta nueva modalidad contractual. La

más importante: la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LCD) y modificatorias: leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 27.266 promulgada el 16/08/2016.

A partir de las leyes el análisis jurídico integral comprende la cláusula operativa de protección constitucional de los usuarios y consumidores -artículo (art.) 42 de la CN- los cambios introducidos por el CCCN y las soluciones jurídicas que fueron aportando la doctrina y jurisprudencia.

1.2. El contrato desde su concepción hacia su codificación en el Derecho Argentino.

En el derecho clásico el contrato tenía fuerza de ley a la que las partes se sometían voluntariamente y en la que el Estado a través del derecho no debía interferir. La autonomía de la voluntad de lo libremente pactado y la igualdad de las partes construían la teoría general de los contratos en el Código Civil de Vélez (CC). Ello se comprende como producto del liberalismo imperante de la época.

Con el paso del tiempo se modifica la realidad social. Profundos cambios culturales, socioeconómicos, políticos y fundamentalmente tecnológicos se trasladaron a los modos de intercambio de productos y servicios. Así del contrato con cláusulas particulares discutidas entre partes en pie de igualdad se pasó, en la generalidad, a un contrato estandarizado. En él una de ellas lo redacta el mismo y la otra parte solo tiene la opción de adherir o rechazarlo. Como consecuencia de ello, la definición de contrato del CC como acuerdo de voluntades entró en crisis por los ataques al discernimiento y libertad correspondiente a una de las partes del vínculo. Según Tambussi (2015) la alternativa a no aceptar las condiciones de la otra parte era prescindir del bien o servicio.

En este contexto surge la problemática de las cláusulas abusivas. Por lo cual ello trajo aparejado que en los años setenta del siglo pasado, se de paso a una mayor protección de los consumidores en el campo del derecho privado. De este modo a la estabilidad jurídica se añaden los principios de equidad, buena fe, entre otros como necesidad de contrarrestar los menoscabos que sufrían los predisponentes (Lorenzetti, 2009; Pérez Bustamante, 2004).

En el derecho argentino las cláusulas leoninas estaban regladas en diversos institutos o regímenes legales como en los art. 507, 656, 954, 1071, art. 1198, 1646 del CC o la Ley 19.724 de Prehorizontalidad y la Ley 23.091 de Locaciones Urbanas. Las teorías de la lesión, de la imprevisión contractual y el abuso del derecho resultaron insuficientes para dar respuestas a estos problemas (Tambussi, 2015).

La expresión "cláusula leonina" tiene su origen en una fábula de Esopo, llamada la "Fábula del león, la vaca, la cabra y la oveja.": Una vaca, una cabra y una oveja habían

hecho compañía con un león, y andando por las sierras, pillaron un ciervo. Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: La primera parte es mía, pues me toca como león; la segunda me pertenece, porque soy más fuerte que ustedes; la tercera me la tomo, porque trabajé más que todos; y quien tocara la cuarta, me tendrá por su enemigo: de modo que tomó todo el ciervo para sí (Barocelli, 2015, Apartado I).

Recién en 1993 el Congreso de la Nación sanciona la Ley 24.240 de LDC que soportó varias reformas. Mereciendo mención especial la del año 2008 bajo la Ley 26.361 porque propició un gran avance en la solidificación de la operatividad del art. 42 de la CN.

Sobre esta ley la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (2001) en el caso “Flores Automotores”¹ subrayó que se estatuyeron los derechos de los usuarios y consumidores. A pesar de sus errores y lagunas los regló de manera orgánica con justicia social otorgando mayor protección a los consumidores (parte débil y víctimas de abusos) y llenó así de esta manera un vacío legal en la legislación argentina (Tambussi, 2015). Este fallo reguló el contrato de adhesión solo para relaciones de consumo siendo que también son muy utilizados para contratos entre empresas. Según Tambussi (2015) el art. 984 CCCN trae como novedad que la figura del contrato de adhesión a cláusulas predispuestas puede ser aplicado a cualquier tipo de contratos. Lo cual no es abarcativo en este trabajo porque excede al tratamiento del mismo.

En 1994 y con la incorporación del art. 42 de la CN la Ley 24.240 adquirió rango constitucional y superior al legislativo que ostentaba. La norma constitucional forma parte del catálogo de “Nuevos derechos y garantías” o derechos civiles constitucionalizados y es de carácter operativo porque no dependen de su reglamentación específica. Operatividad y rango supra legal se completan con una tercera característica atinente al tipo de derechos que protege: derechos humanos. (López Alfonsín, 2012; Lorenzetti, 2009; Tambussi, 2015).

Finalmente con la sanción del CCCN se consolidan estos derechos a través de los principios generales que otorga este cuerpo normativo sin coalicionar con la LDC. De este modo se incorpora la definición del contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas². Lo ventajoso de esa incorporación es que si bien pueden ser modificados el proceso no será tan simple como con una ley especial. “Objetivamente (y con beneficio

¹ C.S.J.N., 11-12-2001, “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98”. Recuperado el 21/11/16 de <http://old.csjn.gov.ar/data/defcom.pdf>

² Art. 984 CCCN.

de inventario), tendremos más herramientas” (Tambussi, 2015, p. 151).

Respecto a las cláusulas abusivas el CCCN especifica que son aplicables en la materia las leyes especiales y los art. 985 hasta el 988 inclusive³. Entre la legislación especial cabe mención a la Ley n°24.240, n°25.065, n°26.682, Resolución (Res.) n°53/03 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor y modificatorias n°9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica, n°490/97 Secretaría de Comercio, n°26/04 de la Inspección General de Justicia, entre otras. Específicamente el art. 985 trata sobre los requisitos de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas, el art. 986 legisla sobre cláusulas particulares, el art. 987 sobre la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del predisponente y el art. 988 sobre las cláusulas abusivas preceptúa el espíritu de lo enmarcado en el art. 37 LDC agregando un inciso que refiere a las cláusulas sorpresivas. El art. 1119 fija un parámetro general para calificar como abusiva una cláusula y el art. 1122 habilita el control judicial de las mismas.

En el CCCN el Título (T.) III del Libro (L.) Tercero “Derechos Personales” está destinado a establecer el marco de regulación de los contratos de consumo. Concretamente, el Capítulo (Cap.) 1 regula la “Relación de consumo”, el Cap. 2 la “Formación del consentimiento”, el Cap. 3 las “Modalidades especiales” y el Cap. 4 las “Cláusulas abusivas”. Las prácticas abusivas en Sec. 1 del Cap. 2 y el Cap. 4 está destinado a regular el régimen de las cláusulas abusivas en materia de contratos de consumo. La Sec. 2° del Código dentro del Cap. 3 “Formación del consentimiento” contempla el caso de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas. Todo esto en consonancia con las leyes especiales de nivel nacional, provincial y municipal, en tanto son facultades concurrentes, constituyen el núcleo jurídico de regulación de la temática.

1.3. La protección constitucional del consumidor.

En el presente trabajo el derecho constitucional desempeña un rol fundamental ya que de él se desprende un marco tuitivo protectorio de los adherentes/consumidores/usuarios en su relación comercial con el empresario/proveedor/estipulante. Así el art. 42 de la CN merece un análisis propio:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una

³ Art. 1117 CCCN.

información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...⁴

Con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional se dio recepción supra legal a los derechos de los consumidores y usuarios "... expresión que abarca -al decir del constituyente... "información adecuada y veraz" (Sagues, 2007, pg. 836). Sigue el autor diciendo: "El nuevo art. 42 comprende asimismo entre los derechos de los usuarios la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". (Sagues N. P., 2007, pg. 837).

Por su parte, Bidart Campos (1978) resume los derechos civiles y sociales que ampara el art. 42 de la CN:

- Protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos,
- Información adecuada y veraz,
- Libre elección,
- Trato equitativo, digno y no discriminatorio,
- Defensa de la competencia y
- Calidad y eficiencia de los servicios.

Dice Condomí (2015) que la reforma constitucional del año 1994 incorporó dentro del capítulo de "nuevos derechos y garantías" un art. de la Carta Magna que establece derechos para los consumidores y usuarios en la relación de consumo. Establece un cuerpo mínimo pero fundamental referido a tales derechos y se denominan derechos instrumentales.

Por su parte Carnota (2015) señala que la función del art. de la Carta Magna:

... trata de alcanzar o lograr un progreso inclusivo, que solo puede darse en ciertas condiciones de equilibrio entre las partes del negocio jurídico que da origen a la relación de consumo y que ésta por sí sola no puede garantizar (Carnota, 2015, Apartado II).

La Ley 24.240 que tutela y protege los derechos de los consumidores constituyó el antecedente - en el ámbito nacional - directo del art. 42 de la CN por lo que el constituyente tenía una base normativa donde apoyarse. En el derecho extranjero la influencia estuvo dada principalmente por la Constitución Española de 1978 (Carnota (2015).

⁴ Art. 42 CN.

Picasso y Sáenz (2014) indican que con el nacimiento de estos cuerpos normativos se produjeron importantes revoluciones en el campo del derecho y del mercado. Este conjunto de normativas protege a la parte débil y vulnerable de la relación de consumo dado el poderío económico y conocimientos técnicos de las empresas que ofrecen bienes y servicios a los individuos.

Estas desigualdades se reflejan al momento de contratar que generalmente se redactan en forma masiva, predispuesta, unilateral o de adhesión y hacen que el orden público constitucional intervenga a los fines de equilibrar la balanza. El derecho de ejercer el comercio o la industria que se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Nacional⁵ no son motivo para un ejercicio abusivo de dichas prerrogativas (Carnota, 2015).

1.4. Definición general de contratos en el Código Unificado.

El CCCN define al hecho jurídico como "... el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas"⁶. Comprende los hechos jurídicos naturales o humanos. Son naturales el nacimiento o la muerte, por ejemplo. Son considerados así porque en ellos no interviene la voluntad del hombre, su juridicidad estará dada en tanto el derecho le asigne consecuencias.

Mientras que los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios: los primeros son los realizados con discernimiento - capacidad para conocer -, intención - posibilidad de dirigir la voluntad hacia lo querido o deseado y libertad - libertad física y moral, de movimiento y sin presión externa, respectivamente⁷. Los involuntarios, son los que se despliegan sin discernimiento, intención y libertad. No producen obligaciones, excepto que exista daño del autor del hecho y que producto de ese daño haya enriquecimiento sin causa (y en la medida del enriquecimiento). Por su parte, los voluntarios, pueden ser lícitos o ilícitos, dependiendo de si contradicen o no el ordenamiento jurídico.

Los lícitos son los actos jurídicos y los simples actos voluntarios. En estos últimos es la ley la que les adjudica algún efecto jurídico ya que no tienen por fin producir el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

⁵ Art. 14 CN.

⁶ Art. 257 CCCN.

⁷ Art. 260 CCCN.

Opuesto a ello el acto jurídico es aquel “... acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”⁸. El contrato es una especie de acto jurídico. El CCCN lo define como: “...el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”⁹. Sobre esto Jurio y Parra (2015, Apartado 1.A) señalan:

Comienza definiendo al acto jurídico en el art. 957, a nuestro entender con una visión más acabada y clara, respecto a lo prescrito 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.

La definición de contrato del código unificado brinda mayor precisión que el del CC y concordante con el sostenido en doctrina. Al ser un acto jurídico la fuente de ellos se aplican todas las reglas de este instituto. Asimismo recepta la definición que venía sosteniendo la doctrina (Kitainik, 2014).

Sostiene Ghersi (2016) que la definición de contratos en el CCCN parte de la premisa que los contratantes (en la negociación) se encuentran en igualdad de condiciones (art. 16 CN). De ella deriva el consentimiento para contratar. El consentimiento de las partes es el acto que concreta el negocio. El mismo presupone ser realizado con discernimiento, intención, libertad y manifestación exteriorizada. Las partes quedan obligadas conforme al consentimiento porque de la “...conjunción, de las voluntades unilaterales de quien oferta y de quien acepta, pero sólo cuando se produce el encuentro o conjunción unánime de ambas hay consentimiento, pues la voluntad de una persona no es suficiente a ese efecto” (Alterini, 2012, p. 240). Se completa esto con la opinión de Kitainik (2014) que dice que el CCCN impone un presupuesto relevante para constituir el contrato: el consentimiento y no la mera declaración de voluntades.

Respecto de la perfección del contrato la regla general es que con la “recepción de la aceptación de una oferta, o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”¹⁰. La aceptación es “... toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta...”¹¹.

⁸ Art. 259 CCCN.

⁹ Art. 957 CCCN.

¹⁰ Art. 971 CCCN.

¹¹ Art. 979 CCCN.

Por otro lado Barbón Lacambra (2016) establece que la causa fuente de los contratos son las obligaciones que se generan para el intercambio de prestaciones y la causa fin recae sobre la satisfacción del débito.

Sin adelantarme, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas una de las partes no interviene en la redacción del contrato por lo que constituyen una singular forma de manifestación del consentimiento: quien contrata solamente acepta los términos del predisponente. De ellos, dice Ghersi (2016), uno de los contratantes (consumidor/ adherente) encuentra restringida su intencionalidad o en algunos casos, carece de ella. Se convierte en sujeto vulnerable.

1.5. La buena fe como principio rector de las relaciones contractuales.

La buena fe no es un principio exclusivo de la temática bajo análisis, sino que es abarcativa de todas las tratativas contractuales. Su inclusión es altamente significativa ya que actúa como nexo entre los institutos más importantes de este trabajo: consumo, contratos por adhesión a cláusulas generales y cláusulas abusivas. Basta con recordar lo que establece la Directiva Europea Unión Europea, “una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato”¹².

El CCCN regula, para el régimen de los contratos, el deber de buena fe¹³. Este principio general del derecho, que emana del art. 9 del CCCN, emerge de la lealtad, honestidad, conducta esperada, transparencia y rectitud, específicamente en lo respecta a no ocultar información para la contraparte (que en los contratos de consumo por adhesión esta es una obligación del estipulante/proveedor) (Barocelli 2015). Agrega Córdoba (2016) que el art. en cuestión del CCCN se complementa con otras útiles innovaciones como lo son el art. 1 y 2 del CCCN.

Estigarribia Bieber (2003) indica que este principio está ligado al de la autonomía de la voluntad, ya que la libertad de contratar, ejecutar e interpretar en materia de contratos debe funcionar en la medida que ellas actúan lealmente. La buena fe puede aplicarse a todas las relaciones privadas y más aún en donde existan posiciones dominantes por lo que se transforma en un deber de mayor acatamiento por quienes redactan las condiciones de comercialización. Para Kemelmajer de Carlucci (1998) la utilización de la cláusula de la buena fe implica la creación de una norma para el caso,

¹² Art. 3.1.- Directiva Europea 93/13/CEE de la Unión Europea.

¹³ Art. 961 CCCN.

conforme con los datos objetivos que ella misma ofrece, atendiendo a la realidad social y económica en que el contrato opera.

Asimismo Caramelo (2015) distingue dos subconceptos o modalidades del instituto: por un lado la buena fe subjetiva entendida como la conciencia o convicción del sujeto que las actuaciones son conformes con el ordenamiento jurídico. Por el otro lado la buena fe en sentido objetivo, definida como el análisis o evaluación que realiza el sujeto del contenido de la conducta tomando como parámetro un patrón estándar. “La norma del nuevo código opera con un concepto de buena fe objetivo, que se expresa en el deber del sujeto de abstenerse de desplegar conductas que puedan frustrar injustificadamente las negociaciones” (Caramelo, 2015, Apartado VI. 2.).

Finalmente es importante resaltar que: “... se extiende la exigencia de comportarse conforme a la buena fe no sólo para la celebración, interpretación y ejecución, sino también para la etapa de formación (tratativas previas) y postcontrato (obligaciones de restituir o reparar) (Azpiri, 2014, pg. 558) y que el mismo, dice Freytes (2013), actúa como un modelo de lealtad, fidelidad, confianza y honestidad en la conducta a desplegar por los sujetos sociales.

1.6. Conclusión.

Al analizar la evolución del régimen de los contratos se observa que estos fueron por detrás de las innovaciones mercantiles lo que propició un amplio campo para los abusos. En la actualidad la mayoría de las operaciones comerciales se efectúan en masa, a través de los denominados contratos de adhesión, por ejemplo: los servicios de medicina prepaga, internet, celular, cable, la mayoría de las compras por internet, pagar el boleto de colectivo. Todos ellos se confeccionan generalmente en forma estandarizada. De este modo el usuario o consumidor no tiene posibilidad alguna de discusión en cuanto a su contenido.

Los cambios que el mercado y la tecnología fueron incorporando para el intercambio de bienes y servicios hicieron rediseñar la definición de contrato y del consentimiento. Esta situación propia de los tiempos actuales genera nuevos desafíos a la ciencia jurídica respecto a la restricción de la autonomía de la voluntad del adherente y los abusos cometidos, muchas veces, por quienes las redactan.

Considero que la Unificación vino a subsanar muchas de estas falencias a través de la actualización de varios institutos del derecho: la nueva definición de contrato, consentimiento, principio de la buena y las incorporaciones protectorias de la parte débil

(consumidor/adherente) son ejemplos de cómo la ciencia jurídica se va reconstituyendo a los fines de equilibrar las desigualdades existentes.

Capítulo 2: Relación de consumo, contrato de consumo y contrato por adhesión.

2.1. Introducción.

El CCCN regula por separado los contratos los de adhesión y los de consumo. Son dos figuras distintas, pero no por ello dejan de ser convergentes y pasibles de comulgar. Así, la relación de consumo puede celebrarse por adhesión y de consumo a la misma vez (Tambussi, 2015).

Dicho esto, los contratos de consumo son los más frecuentes y en la mayoría de las veces se redactan unilateralmente mediante contratos de adhesión:

... por dar un ejemplo las empresas que contratan seguros (incendio, robo, etc.) sobre bienes de su pertenencia integrados a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no son consumidoras finales. Acontece que, en el caso referido, al tiempo de la celebración del contrato de seguro, los bienes objeto del contrato de seguro celebrado por la persona jurídica (asegurada) no se hallan ubicados al final del circuito económico.

En ese supuesto, quien celebra un contrato de seguro no es consumidor final que requiera la protección de la ley de Defensa del Consumidor ya que, vale la repetición, los bienes objeto del seguro continúan su vida económica. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, la importancia práctica que tiene la distinción, en el ejemplo dado, está dada en que la prescripción aplicable es la de un año (art. 58, ley 17.418).

O, dicho de otro modo, el consumidor individual o persona jurídica que requiere protección es aquel que carece de intenciones que apunten a que el bien o el servicio continúen su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución o prestación. Gráficamente se halla situado en el último tramo del eje constituido por la producción, la distribución y el consumo y, sintéticamente, se lo enuncia como consumidor final.

En cambio, es consumidor la persona jurídica (por ejemplo, una empresa) que celebra contratos de seguro (a) que amparen bienes como destinatario final, en beneficio de la empresa o (b) que protejan los riesgos a los que se hallan expuestos bienes con los que agotará el proceso económico (Stiglitz, 2015, apartado XXI).

Ello implica una relación jurídica entre los protagonistas que emergen de ella. El predisponente: parte fuerte y experta y el adherente: parte débil e inexperta. Esto explica la intromisión del derecho a través de su función tuitiva con el fin de corregir los desequilibrios que se generan.

Por todo ello el capítulo otorga las definiciones de relación de consumo, contrato de consumo y contrato por adhesión en forma separada. Sobre estos últimos existe un apartado sobre cómo se conforma el consentimiento y sobre su naturaleza jurídica. Además, incluye un apartado de los contratos a distancia y fuera de los establecimientos comerciales dada su masiva utilización para el intercambio de productos. Finalmente se establece el marco regulatorio que surge de la combinación de las figuras de contratos de consumo y adhesión.

2.2. Relación de consumo.

Actualmente existe un concepto de consumo omnicomprendivo y multidisciplinario que cambia el enfoque del derecho argentino (Tambussi, 2015). Esta noción amplía la definición del contrato de consumo entendido solo como "...el vínculo jurídico que se establece entre el consumidor o usuario y el proveedor"¹⁴. La nueva perspectiva comprende al acto bilateral (contratos onerosos o gratuito), unilateral (como es el caso de las ofertas publicitarias), también el hecho jurídico lícito o ilícito. Al respecto Lorenzetti (2009, p.18) expresa "... se supera la noción contractualista tutelando al consumidor antes, durante y después de vincularse con el proveedor". Tambussi (2015) considera que dicho contrato de consumo definido en el art. 1092 del CCCN en concordancia con la LDC y el art. 42 de la CN sobrepasa el punto de vista meramente contractual.

Podría decirse que posee un importante carácter tuitivo dado que integran los derechos humanos. Al consumir procuramos medianamente satisfacer necesidades elementales que nos permiten obtener una adecuada calidad de vida. Entre ellas se encuentran el derecho a la vida, la libertad de elección, el derecho a la salud, entre otros.

Arazi (2015) establece que la unificación recepta el principio protectorio basado en la idea que las relaciones de consumo nacen en desigualdad de partes. Un ejemplo de esto se manifiesta en la regulación del CCCN de los contratos bancarios (por adhesión) con consumidores disponiendo le son aplicables todo el régimen de los contratos de consumo.

Consumir es ser destinatario final de los bienes y servicios que nos provee el mercado y consecuentemente ponemos en juego tanto nuestra salud como la integridad física. Nos exponemos a un acto de alta confianza al ignorar modos de uso, de cuidado, materiales que lo componen y formas de elaboración. Frente a ello el proveedor es profesional y experto (Tambussi, 2015).

Por ello es que a fin de corregir tal desigualdad se intenta recostar el derecho hacia el lado contrario a la realidad (Tambussi, 2015). En consecuencia aparece el elemento protectorio de rango suprallegal, y activante de la función protectoria (Lorenzetti, 2009). Así "el equilibrio entre partes se produce con límites a la autonomía de la voluntad justificado en un imperativo de solidaridad" (Tambussi, 2015, p. 23).

¹⁴ Art. 1902 CCCN.

Orgánicamente fue la LDC fue la que reguló la cuestión en el marco de las relaciones de consumo. Volviendo al fallo “Flores” la CSJN (2001) ha dicho que la LDC llenó un espacio vacío en la legislación nacional: el de la protección de la parte más vulnerable en las relaciones comerciales.

Por último, y con la sanción del CCCN se cambia de una concepción individualista del concepto de consumidor que tenía el CC por una humanista orientada hacia el ejercicio efectivo de los derechos de la persona (Tambussi, 2015). El progreso en la evolución del concepto se produjo cuando los consumidores dejaron de ser solo las personas físicas y se incluyeron también las jurídicas. Posteriormente otra cuestión que contribuye, según Lorenzetti (2009), es cuando define al destinatario final del bien o servicio. Emerge entonces la figura del consumidor fáctico a quien la ley le otorga protección como a todo el que consume.

En relación con lo anterior el acto de consumo y el acto dañoso son el fundamento de las relaciones de consumo. Esta es la explicación de por qué la ley incluye como consumidores a los no contratantes. Esta última categoría es integrada por el usuario, que es la víctima de un daño por el servicio o producto y el expuesto a publicidad abusiva. La legitimación proviene del hecho jurídico de consumir (Lorenzetti, 2009).

Lo expuesto en el último punto redefine la causa fuente del vínculo que se desprende de la ley 26.361 y que tipifica el régimen normativo. Se incluye a la voluntad unilateral (hecho jurídico) del acto económico de consumir, las tratativas contractuales, las ofertas destinadas al consumo a los que la ley les impone efectos jurídicos. Por su parte la causa fin es el consumo final como destino último del bien o servicio (Lorenzetti, 2009).

Al respecto la normativa también precisa quienes son los sujetos comprendidos en las relaciones de consumo. Determina al consumidor o usuario, por un lado y proveedor, por el otro. Precisa que “Consumidor es la persona en razón que desempeña un rol en una relación particular que llamamos relación de consumo” (Tambussi, 2015, p. 43).

En el derecho comparado detalla Lorenzetti (2009) que el usuario está definido por:

- La Convención de Roma de 1980. Puntualiza al consumidor como aquella persona que se abastece de un producto o servicio con una finalidad ajena a su actividad profesional,

- El Código Civil de Alemania lo hace de la misma pero usa el vocablo persona física en vez de persona,
- El art. 1649 bis del *Código Civile* italiano expresa que es consumidor quien adquiere productos o servicios que tengan un fin distinto a la actividad profesional que el sujeto desarrolla,
- En Francia, el consumidor es definido con un criterio subjetivo: el destino final,
- En Brasil consumidor puede ser tanto la persona física o jurídica que obtenga o utilice como destinatario final un producto o servicio,
- La ley ecuatoriana lo define en la expresión “adquiera utilice o disfrute bienes o servicios” para definir al consumidor¹⁵.

En Argentina sostiene Lorenzetti (2009) la figura nació con la promulgación de la legislación especial y luego fue incorporada en el ámbito constitucional con la reforma de 1994. Expresa que pueden ser personas físicas, las jurídicas privadas, con o sin fines de lucro y las públicas y los extranjeros que consuman en el país (Ley 26.361). Se puede ser parte de la relación de consumo sin haber participado de la celebración del contrato. La codificación introduce el concepto de consumidor en el art. 1092. Lo que interesa es que el consumidor sea el destinatario final de cosas o servicios¹⁶.

En el caso del grupo familiar o social aun sin haber contratado aparece tutelado como parte de la relación de consumo. Son los llamados consumidores equiparados (Lorenzetti, 2009). Contratar en beneficio del grupo habilita la vía indirecta de los intereses colectivos consagrados en el art. 43 de la CN y legitima a los afectados, al defensor del pueblo y a las asociaciones representativas para actuar en su defensa. Este criterio consagra el fallo “Halabi”. La CSJN se pronunció por la operatividad del art. 43 de la CN (Lorenzetti, 2009). Los jueces obligatoriamente deben darle eficacia cuando está en juego un derecho fundamental, sin importar que en nuestro derecho no está reglado el ejercicio de las acciones de incidencia colectiva¹⁷.

Por otro lado los adquirientes o usuarios posteriores “... son sujetos que, sin ser parte de una relación de consumo, adquieren o utilizan bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo”. Al no ser consumidores contratantes, usuarios, ni beneficiarios debe probarse el nexo causal: “consecuencia o en

¹⁵ Art. 2 de la ley 21.- Ley Orgánica de defensa del consumidor de Ecuador.

¹⁶ Cám. 2ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 29-11-2001, “Suárez, M. A. c/General Motors de Argentina y otros”. Recuperado el 06/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹⁷ C.S.J.N., 24-02-2009, “Halabi, E. C. P.E.N.”. Recuperado el 13/02/17 de <http://www.saij.gob.ar>.

ocasión” porque son relaciones entre consumidores¹⁸. El destino final es lo que define el carácter de consumidor, por lo que solo el último integra esta categoría. Es el bien y no la persona lo que la ley ampara, generándose para el proveedor un sinnúmero de vínculos procedentes de las transmisiones que pueden derivarse (Lorenzetti, 2009). En relación a esto la justicia expresó:

El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados —en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol—, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. (C.S.J.N., 2007)¹⁹.

Respecto al usuario: aquel que utiliza el bien, sin celebrar el contrato porque al consumir forma parte de la relación de consumo. Existe una tendencia a incluir también dentro del concepto de consumidor a los paraconsumidores. Estas son empresas pequeñas que se encuentran fácticamente en el mismo estado vulnerable que los tradicionales consumidores (Lorenzetti, 2009).

La LDC reformada por la Ley 26.361 incluye a las personas jurídicas como consumidores. Los requisitos necesarios para ingresar en la categoría son dos: consumo final y extraño a la actividad que desarrollan (Lorenzetti, 2009).

Otra subcategoría es la de los subconsumidores o consumidores especiales. Amparan casos de mayor vulnerabilidad que el consumidor medio y donde el principio protectorio se acentúa. Son sujetos especiales como los casos de los menores de edad, personas que padecen enfermedades graves, ancianos, analfabetos o situaciones que dan lugar a un estado de necesidad. No se encuentran regulados, (Lorenzetti, 2009) pero si por la jurisprudencia. En un caso la Corte dejó sin efecto lo resuelto por la Cámara (que confirmaba lo resuelto en primera instancia). En este caso una persona afectada de la enfermedad SIDA interpuso acción de amparo porque quedó sin la cobertura médica prepaga²⁰.

En la relación de consumo la otra parte interviniente son los denominados proveedores. En un principio la relación se basó entre el proveedor y el consumidor. Luego se amplió a la cadena de proveedores, que incluye a los intermediarios, los titulares

¹⁸ Art.1. Ley 26.361

¹⁹ C.S.J.N., 06-03-2007, “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*”. Recuperado el 26/09/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

²⁰ C.S.J.N., 13-03-2001, “*E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios*”. Recuperado el 15/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

de la marca, entre otros. (Lorenzetti, 2009).

El art. 2 de la ley 26.631 define al proveedor:

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinado a consumidores o usuarios²¹.

La posición del proveedor es técnica, operativa y administrativamente superior a la del consumidor (relación experto-profano). El carácter profesional está dado por el conocimiento del negocio, un grado de saber u oficio, que es lo que configura la superioridad sobre la otra parte. Esta diferencia es también de carácter cognitivo y económica (Tambussi, 2015).

Respecto a los elementos referidos para calificar a la figura del proveedor comprenden a todos los que ofrecen:

- Comprende a todos los que ofrecen.
- Profesionalidad.
- Oferta para el consumo, lo que excluye a quienes ofrecen para el sector empresario,
- Pueden proveer al sector público o privado. Lo determinante es que tengan como finalidad el consumo.
- Oferta profesional: la legislación argentina incluye a quienes ejercen de manera ocasional. No significa que se prescinde de la profesionalidad, sino que el profesional puede actuar de una manera permanente o bien ocasional o discontinua.
- Puede ser nacional o extranjero.
- Las actividades son: producción, montaje, creación seguida de ejecución, construcción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos y/o servicios (Lorenzetti, 2009).

La última parte del articulado 2º de la LDC excluye como proveedores a los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula profesional. Se rigen por las normas de la locación de servicios o de obra, no de consumo, salvo cuando el profesional realiza publicidad a consumidores indeterminados y cuando la profesión se ejerza en forma de empresa (Lorenzetti, 2009).

Como síntesis referida a lo expuesto puede decirse que el derecho argentino

²¹Art. 2 de la ley 26.631.

considera como sujetos de la relación de consumo a los consumidores contratantes, usuarios, grupo familiar y social, quienes resultan afectados por la relación de consumo y a los proveedores. Para Lorenzetti (2009) resulta una concepción amplísima y señala que solo queda establecer el objeto de la relación de consumo: son los productos o servicios que se comercializan y puede comprender cosas usadas. En el derecho de consumo no es la cosa en sí la que provoca la aplicación de la ley sino su comercialización a través de un proveedor (Lorenzetti, 2009).

2.3. Contrato de consumo.

Examinar el contrato de consumo impone la obligación de señalar una las características salientes de este: “uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o el usuario de servicios...” (Stiglitz, 2015, Apartado XXI). La ley 24.240 no proporcionaba un concepto de contrato de consumo. Lo hace el CCCN.

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actué 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.²²

El contrato de consumo constituye una porción del tipo general de los contratos. No es un tipo especial. El aporte más significativo de la unificación fue otorgarle autonomía tuitiva y receptor los principios más corrientes de las relaciones de consumo (Tambussi, 2015). Por lo tanto, es “... a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos, resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no el carácter de contratos de consumo” (Lorenzetti, 2009, p. 275).

Ello puede emplearse tanto a los contratos de consumo como a cualquier ley o precepto legal siempre con vista a que en caso de duda sea a favor del consumidor. Es el art. 1094 del CCCN quien estipula que para las relaciones de consumo deberá aplicarse los principios protectorios del consumidor. En caso de duda la interpretativa corresponderá a aplicar la más favorable para el sujeto que consume²³. Sigue así la línea del art. 3 de la LDC que intenta proteger al débil jurídico y centrarse en su favor (norma más favorable para el consumidor para el caso de duda) (Tambussi, 2015). Continúa diciendo (2015, p. 53) que “el derecho protectorio consiste en contemplar esa imposibilidad que tenemos los consumidores de juzgar por nosotros mismos calidades,

²² Art. 1093 CCCN.

²³ Art. 1094 CCCN.

precios, materiales de elaboración, condiciones y modalidades de contratación, modos de uso y demás aspectos”.

Como complemento del cuerpo anterior el CCCN prescribe que el contrato de consumo debe interpretarse en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, la menos gravosa debe ser la que se adopte²⁴. Este es el norte que debe seguir el juzgador. La norma es pertinente con lo establecido en la LDC²⁵ según Tambussi (2015).

Respecto a las situaciones de duda frente a la cláusula o al texto del contrato se presentan en dos formas: una en cuanto a su significación y no puede descubrirse (cláusula oscura) y la otra que posee más de una solución (cláusula ambigua) según lo explicita Tambussi (2015).

El criterio que rige y se aplica en los tribunales de nuestro país expresa que:

- “... las cláusulas de los contratos de cobertura médica celebrados con empresas de medicina prepaga deben interpretarse a favor del beneficiario, pues se trata de contratos de adhesión y consumo comprendidos en el régimen de defensa del consumidor...”²⁶.
- Entre Galeano S.A. y su afiliada existe un vínculo contractual que es regulado por la LDC en tanto protege a consumidores y usuarios por lo que “...es pertinente señalar que, en caso de duda, debe estarse siempre a la solución que resulte más favorable para estos últimos (cfr. Art. 3, ley n° 24.240); hecho que corrobora el criterio expuesto bit supra”²⁷.

Resumiendo lo que determina que un contrato sea de consumo es que sea para consumo final, que el producto o servicio adquirido salga del mercado para ser aprovechado por el consumidor, grupo familiar o social. Stiglitz (2015) menciona un caso sobre el reclamo de daños y perjuicios por la imposibilidad de utilización de un vehículo adquirido para ser usado como remís. La causa de los desperfectos del automotor eran defectos de fabricación. Aquí no es aplicable el régimen tuitivo del consumidor por cuanto no se trata de una relación de consumo, sino que debe acudir a la normativa

²⁴ Art. 1095 CCCN.

²⁵ Art. 37 LDC.

²⁶ C.N. Apel. Com., sala B, 02-03-06, “L. S. A. y otro c. Swiss Medical S.A.”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

²⁷ Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala I, 23-05-2011, “Galeno Argentina S.A. c. GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel”. Recuperado el 15/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

general de responsabilidad contractual.

2.4. Contrato de adhesión.

La importancia y la función social del fenómeno de la contratación es poder dar respuesta a las necesidades (tanto espirituales, materiales, científicas o de esparcimiento) del ser humano. Actualmente existe un encuadre distinto al tradicional en la estructura mercantil que se consolida entre una empresa predisponente de condiciones generales de contratación y el simple consumidor en el otro extremo. (Tambussi, 2015).

El contrato de adhesión no es el de consumo como nos señala Lorenzetti (2009): los primeros se caracterizan por su modo de celebración (a condiciones generales) y en que no hay consentimiento en sentido técnico. Es solo adhesión. Los otros (de consumo) tienen como nota distintiva el consumo final.

Sin embargo en los dos se produce desequilibrio jurídico entre partes. La divergencia está dada porque en los de consumo existe disparidad de fuerzas en relación al poderío económico y cognitivo. En cambio en los de adhesión, la redacción es unilateral por el estipulante y la limitación del consentimiento del aceptante.

El origen de estos contratos - predispuestos o *standards* - es la respuesta a la masividad. Aparece con ello el problema de darle una explicación a esta moderna y comúnmente utilizada forma de contratación. Con lo cual se ve menoscabada o afectada la manifestación del aceptante. (Lorenzetti, 2009).

Predispuestos o *standards*, mencionados en el párrafo anterior, son utilizados en “... en sentido análogo a la celebración por adhesión...” aunque la “... predisposición es una técnica del oferente, mientras que la adhesión es una característica del aceptante” (Lorenzetti, 2009, p. 277).

Parafraseando a Stiglitz (2015) que define a esta modalidad contractual como aquella en la que una de las partes -proveedor, empresario, profesional, predisponente- dispone el contenido del contrato en forma anticipada de tal modo que si la otra decide contratar debe hacerlo sobre ellas. Existe una restricción a la libertad contractual en perjuicio del adherente.

Es opinión mayoritaria en doctrina que una de las características fundamentales de los contratos de adhesión es que la celebración consta en el acto singular de la adhesión del aceptante. No, en el hecho de ser pre-redactadas sus cláusulas, a pesar que se establecen determinados requisitos para ellas como es el caso del art. 985 del CCCN. Este fue el criterio seguido por la comisión redactora del Proyecto de CCCN (Cracogna, 2012). El contrato en formulario es pasible de ser modificado o discutido por las partes. Mientras

que el de adhesión no lo es, aun cuando en la legislación especial son regulados conjuntamente por el art. 38 de la LDC.

El contrato de adhesión es definido por Lorenzetti (2009, p. 277) como “aquel que se celebra cuando sus cláusulas son redactadas por una de las partes, mientras la aceptación o el rechazo, sin posibilidad de modificarlas, le corresponde a la otra parte”. Dado que la parte que no puede negociar ni discutir el contenido de la prestación sufre un menoscabo y perjuicio. No tiene más alternativa que aceptar de antemano lo redactado o prescindir del servicio o bien que busca. Para Tambussi (2015) un detrimento mayor sufre en los casos que los contratos fueren de carácter imprescindible convirtiéndose así en situaciones dramáticas.

En el derecho argentino el tema fue evolucionando desde un desconocimiento en el CC hasta su incorporación en la LDC. Los cambios en el capitalismo, la globalización, pero más aún las diferencias en el poderío de las partes concluyeron la cotidianeidad de los contratos por adhesión (Vallespinos, 1984). La LDC reguló la cuestión en el campo de las relaciones de consumo con el norte en la equidad y justicia contractual. Como factor de consolidación se aprobó el CCCN.

Uno de los mayores adelantos cualitativos del Código Civil y Comercial, con relación al Código derogado, ha sido legislar expresamente sobre los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, haciendo extensivos a éstos el régimen de las cláusulas abusivas de los contratos de consumo, con lo que el adherente pasa a tener la tutela que antes carecía. De allí que si un contrato de adhesión contiene una cláusula que autoriza a desistir al predisponente, pero implica una cláusula abusiva que desnaturaliza las obligaciones, corresponde tenerla por no escrita (art. 988) (Ibáñez, 2016, Aparatado XVII).

A lo reglado para las relaciones de consumo la LDC le agregó regulación para contratos de adhesión entre empresas ya que la temática no es exclusiva de las primeras (Cracogna, 2012). A diferencia de los contratos discrecionales que se ejecutan con discernimiento, intención y libertad (requisitos de los actos voluntarios²⁸) los por adhesión son una modalidad particular del consentimiento. En estos últimos existe un ejercicio disminuido de la voluntad y libertad de contratación basado en la imposibilidad de negociación de una de las partes (Cracogna, 2012)²⁹.

La LDC no contenía un concepto de contrato de adhesión:

Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas

²⁸ Art. 266 CCCN.

²⁹ Estos últimos son regulados en el CCCN en arts. 984 a 989.

uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Asimismo, deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: “Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación”³⁰.

Esto es suplico por el CCCN: el art. 984 es el que conceptualiza el contrato de adhesión. “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”³¹. Explica Tambussi (2014) que la LDC solo se ocupaba de la cuestión en forma parcial. Lo hacía respecto del usuario o consumidor bajo esa modalidad contractual. Particularmente el art. 38 de la ley especial establece que la autoridad de aplicación tiene a su cargo la vigilancia de que los contratos de adhesión, contratos en formulario con cláusulas generales o *standars*, y los redactados por el proveedor en forma unilateral y sin posibilidad de ser discutidas por el usuario o consumidor no deben contener cláusulas abusivas. El art. 37 del mismo texto las considera ineficaces.

El art. del CCCN incorpora un concepto general de contrato de adhesión inexistente hasta la sanción de la unificación. Como novedad establece que esta figura puede ser incorporada en cualquier tipo de contrato no solo en el de consumo (Tambussi, 2015).

Lorenzetti (2009) establece los requisitos de estos contratos:

- Una de las partes, o un tercero, redacta el contrato, crea el contenido negocial antes de tener contacto alguno con la otra parte (predisposición),
- Es redactado con alcance general (generalidad),
- No hay posibilidad de discusión de su contenido (rigidez),

Hace lo propio Stiglitz (2015) al decir que estos se caracterizan por:

- La unilateralidad,
- La rigidez,

³⁰ Art. 38 LDC.

³¹ Art. 984 CCCN.

- El poder de negociación a favor del predisponente
- Y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente.

El art. 985 del CCCN es el que fija o regula la cuestión de los requisitos en concordancia con el art.10 de la LDC en su último párrafo. Ambos establecen los principios generales de redacción a los fines de evitar abusos de los predisponentes.

Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultánea a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares³².

Contenido del Documento de Venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación de la cosa; b) El nombre y domicilio del vendedor; c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere; d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley; e) Los plazos y condiciones de entrega; f) El precio y las condiciones de pago. La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole de la cosa objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida por esta ley³³.

De modo específico el CCCN trata sobre las cláusulas particulares estableciendo que “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”³⁴. El artículo parte de la premisa que las cláusulas particulares son las negociadas en igualdad de partes. De allí su preeminencia sobre las generales (Tambussi, 2015).

Con anterioridad y en vigencia del hoy derogado CC no existía una cláusula de este tipo, sino que era producto de la tarea doctrinaria y jurisprudencial muchas veces como derivación del *favor debilis* (Tambussi, 2015).

Con el fin de ampliar el concepto establece que: “Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”³⁵.

³² Art. 985 CCCN.

³³ Art. 10 LDC.

³⁴ Art. 986 CCCN.

³⁵ Art. 987 CCCN.

En materia de interpretación de contratos el derogado Código de Comercio (CCom)³⁶, no imponía expresamente el principio *contra proferentem* sino que fueron creaciones doctrinarias y jurisprudenciales a los fines de no dejar al desamparo al predisponente (Tambussi, 2015).

Por lo tanto desde la unificación se puede afirmar sin la menor de las dudas que frente a una cláusula general ambigua ellas deberán interpretarse en contra del estipulante. La norma busca la sanción al predisponente infractor. No el beneficio al adherente (Tambussi, 2015). Los dos últimos arts. del capítulo tratan el problema de las cláusulas abusivas: el art. 988 y 989 CCCN proponen la misma línea que la del art. 37 de la LDC (Tambussi, 2015).

En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones de 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 previsibles³⁷.

La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad³⁸.

Del primero, remito a lo expuesto en el punto 1.2. (El contrato desde su concepción hacia su codificación en el Derecho Argentino). Mientras que el art. 989 del CCCN habilita el control judicial. Aun para casos en que la autoridad administrativa lo haya realizado en la etapa precontractual para los casos en que el oferente quebrara el principio de buena fe, trasgrediera el deber de información, de lealtad comercial o de defensa de la competencia (Tambussi, 2015; Compiani, 2015).

En un fallo la justicia ha dicho que para determinar si una cláusula predispuesta es abusiva - a los fines de declararla nula - se necesita que sea interpretada en sentido y alcance, además de adecuarla al contexto del resto del contrato. El principio de buena fe contractual es el remedio para el restablecimiento de la equidad³⁹.

En el inicio del presente apartado se remarcó que contratos por adhesión y contratos de consumo son dos figuras distintas. No por ello dejan de ser convergentes y pasibles de comulgar. Los contratos de consumo son los más frecuentes y en la mayoría

³⁶ Art. 217 y 218 CCom.

³⁷ Art. 988 CCCN.

³⁸ Art.989 CCCN.

³⁹ Cám. Apel. Civ y Com. De Mar del Plata, sala II, 20-11-97, “*Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre.*” Recuperado el 07/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

de las veces se redactan unilateralmente mediante contratos de adhesión. Aquí a la supremacía del proveedor se le suma que el consumidor solo puede aceptarlo íntegramente o no contratar. Este desequilibrio es el justificativo de la aplicación del principio de duda a favor del consumidor (Tambussi, 2015).

Nos explica el antes mencionado autor (2015) que tratándose de estos últimos opera el principio *in dubio contra stipulatorem*, siendo estipulante el predisponente/proveedor/empresario de la cláusula contractual en cuestión. Su interpretación debe tener como fin esclarecer lo que la parte adherente comprendió en un entendimiento razonable y ello resulta obligatorio para el predisponente. En los contratos de consumo bajo el formato de adhesión a cláusulas predispuestas, el consumidor posee un dificultoso entendimiento de lo preredactado y solo tiene las opciones de aceptar o rechazar sin discusión. Por lo tanto no interviene la autonomía de la voluntad y consecuentemente toma mayor dimensión el principio *favor debilis* basado en la equidad. De este modo el consumidor goza de una "...suerte de presunción de ignorancia legítima" para los casos de duda sobre el alcance de la obligación"⁴⁰.

De lo expuesto se observa cómo un contrato puede celebrarse por adhesión y de consumo a la misma vez, cuya regulación se encuentra en los arts. 984 a 989 (Tambussi, 2015). Entre esos contratos y las cláusulas abusivas existe también una vinculación estrecha producto de los cambios actuales en las transacciones. Para Rezzónico (1987) el predisponente ofrece al mercado productos y servicios para el consumo final bajo la forma de contratos de adhesión. Allí es donde suele incurrir en aprovechamientos o abusos.

2.4.1. Formación del consentimiento.

El CCCN modifica la definición de contrato. La misma tiene un núcleo relevante respecto a la formación. Ello se da cuando "...dos o más partes manifiestan su consentimiento". Esta manifestación tiene un objeto que no es otro que la de "crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"⁴¹. Lo que permite deducir que el consentimiento debe recaer sobre dicho objeto (Manóvil, 2016). Tal importancia se ve reflejada en los 23 arts. destinados a la formación del consentimiento ubicados en el Cap. 3 del Título de los contratos en general (Cracogna, 2012).

En el caso de los contratos discrecionales será necesario que los actos voluntarios

⁴⁰ C.N. Apel. Cont. Adm. Fed., sala II, 10-08-2000, "*Viviendas Rolón de Siteca S. R. L. c. S. C. e P.*". Recuperado el 20/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁴¹ Art. 957 CCCN.

sean ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 260 del CCCN). Distinto es el caso del consentimiento de los contratos por adhesión, regulados en los arts. 984 a 989 configurando una modalidad particular de su formación. Existe una disminución del ejercicio de la libertad y autonomía de la voluntad contractual de una de las partes por la ausencia de discusión de los términos del contrato dando así, aparición a un régimen tuitivo distinto y propio a la de los contratos discrecionales (Cracogna, 2012).

Estigarribia Bieber (2003) aconsejaba la necesidad de una actualización del concepto de autonomía de la voluntad por existir en los contratos de adhesión un gran antagonismo de partes en lo que respecta al poder de conocimiento, económico y experiencia. Se produce un desequilibrio en el negocio ya que uno de los sujetos no posee plenitud de su voluntad.

En este orden de ideas Stiglitz (2015, Aparatado I) afirma que la formación de los contratos por adhesión "...se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predispuesto o formulario impreso de oferta, impreso por el predisponente, tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y no va dirigido a persona determinada". Se individualiza al momento de la perfección de cada contrato particular (Stiglitz, 2015).

Detalla el autor (2015) que el empresario que ofrece es el autor exclusivo de las condiciones contractuales. El sujeto (usuario o consumidor) solo puede adherir a un esquema predeterminado de la oferta y reserva para sí el derecho de aceptarla exponiéndose a un riesgo subjetivo. Dicho riesgo dice Manóvil (2016), ha generado que el ordenamiento jurídico intervenga a través de normas tuitivas de carácter imperativas (*juscogens*) para las contrataciones por adhesión.

Todo ello es explicado por la teoría de la eficacia meramente declarativa de las condiciones generales (de creación doctrinaria). Ella establece que las condiciones generales tienen eficacia meramente declarativa y no constitutiva de derechos. No pueden modificar la voluntad del legislador ni ser suplidas por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En otras palabras para su validez estas cláusulas no deben desviarse de lo que el derecho dispositivo dispone (Manóvil, 2016). Si por el contrario el contrato por adhesión no respeta estas reglas se tendrán por no escritas en términos del CCCN⁴².

Se pueden establecer así según Stiglitz (2015) las etapas de la formación de este tipo de contratos:

⁴² Art. 988 CCCN.

- El predisponente lanza al mercado una oferta impresa,
- El adherente/consumidor emite su voluntad o declaración con la aceptación de dicha oferta para iniciar la formación contractual. Es importante aclarar que la manifestación de voluntad del adherente no importa conformación del contrato ya que el predisponente puede ejercer el derecho de no aceptación ésta. Ejemplo práctico de esto se vislumbra en los contratos de seguro donde el asegurador (empresario) rechaza la oferta del adherente de contratar por razones de alto riesgo siniestral.
- Ahora bien, si el empresario acepta la oferta del adherente en su totalidad se perfecciona el vínculo contractual.

Ante todo lo dicho es posible concluir que el acto jurídico de adhesión es un acto de confianza más que una expresión de voluntad (Manóvil, 2016) producto de la falta de desigualdad en el poder negocial y el estado de necesidad producido por satisfacer necesidades del usuario.

2.4.2. Naturaleza Jurídica.

Stiglitz (2015) explica que la importancia práctica de la determinación de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de contratación hace al marco normativo aplicable sobre la interpretación de este tipo contractual y sobre los límites a la autonomía de la voluntad. La doctrina se divide en dos tesis principalmente: la normativa y la contractualista.

Quienes sostienen la teoría normativa afirman que las condiciones generales de contratación son fuente de derecho consuetudinario. Sus críticos la combaten afirmando que dichas condiciones generales no constituyen una expresión de voluntad generalizada (como es la ley) sino una manifestación unilateral de quien las redacta. Sumado a ello los usos tienen anonimato en lo que refiere a su nacimiento porque las cláusulas generales son creación de las empresas. Este intento de normativización tiene como fin la obstaculización del control judicial del contenido del contrato respondiendo a una necesidad de mercado y no jurídica (Stiglitz, 2015).

Contrario a ello y en líneas del mismo autor (2015) la teoría contractualista indica que se trata de un verdadero contrato donde la aceptación de la oferta se hace por adhesión. Esta es la manera de declaración del consentimiento y la circunstancia de que no existan negociaciones de las partes pues la ley no las exige.

Ante la controversia planteada diré que de la lectura del art 984 del CCCN es de donde surge la naturaleza jurídica porque ingresa a las condiciones generales de

contratación dentro de la categoría de los contratos. Se suprime así el debate sobre la cuestión del contenido.

2.4.3. Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y contratos a distancia.

Los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y contratos a distancia se encuentran legislados en el CCCN en el apartado correspondiente a los contratos de consumo. No obstante en su mayoría se confeccionan bajo el formato por adhesión. Con fines prácticos son desarrollados a continuación.

Puga (2011) explica que la desintegración de las relaciones interpersonales producto de la era digital constituye en nuestros días una rama especial del intercambio de bienes y servicios. Impone así un nuevo compromiso del derecho para legislar sobre esta forma de contratación. La cual es la más usada para un relevante número de clientes que hace propenso un campo de abusos y riesgos. Ya no es el principio de la autonomía de la voluntad el instituto jurídico en forma excluyente el que rige las formas de contratación y sobre todo en esquemas donde redacción previa y unilateral por parte del proveedor se convirtió en un mecanismo uniforme de contratación. “La dinámica comercial hace francamente improbable una negociación particularizada en áreas como la de los seguros, los bancos, transporte, financiamiento para el consumo - tarjetas de crédito, débito, etc.-, entre otras. De modo que la realidad impone condiciones negociales generales”. (Puga, 2011, p. 72.).

Los abusos mencionados, dice Lorenzetti (2009), se realizan a través de diferentes técnicas:

- Publicidad abusiva que nubla el discernimiento del consumidor.
- Publicidad inductiva para provocar seducción desmedida.
- Información distorsiva.
- Publicidad engañosa y *marketing* directo como la estrategia de “única oportunidad”.
- Mala fe en prácticas comerciales como el envío de productos o servicios sin que hayan sido solicitados por el consumidor y aprovechamiento de la ignorancia del consumidor, entre otras.

Consecuentemente el consumidor recibe acosos, intimidaciones, entrometimientos que invaden su privacidad por parte de las empresas y generan en él un ámbito de escasa comprensión y de poca reflexión (Tambussi, 2015). Esta realidad “... hizo que se dictaran regulaciones especiales... en la Unión Europea”. “Las Directivas del

Consejo de las Comunidades Europeas n°85/577 y por la n°97/7 legislan en forma separada los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia cuya metodología sigue la unificación del CCCN” (Lorenzetti, 2009, p. 159).

Los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales suelen caracterizarse por la captación de consumidores desprevenidos mediante agresivas técnicas comerciales. En los celebrados a distancia, el consumidor no entra en contacto con lo que a él se le ofrece, pudiendo diferir de lo que recibe finalmente (Tambussi, 2015).

Por otro lado ambos tipos de contratos coinciden en que los consumidores ocupan la posición desventajosa de la relación jurídica y son, en la mayoría de las veces, ofrecidos mediante contratos de adhesión.

Específicamente el art. 1104 del CCCN trata sobre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales⁴³. Tiene carácter tuitivo similar y redacción superadora respecto de la del art. 32 de la LDC, al definir con mayor claridad el concepto de fuera del establecimiento comercial. Se incluyen todo tipo de operaciones realizados fuera del establecimiento del proveedor tendientes a comercializar en un marco favorable para que el consumidor pueda discernir sobre las ventajas y desventajas del negocio, sobre todo cuando no es clara la intención de contratar de estos (Tambussi, 2015, p. 101).

Tambussi (2015) amplía este concepto al decir que se trata de un sistema basado en política de *marketing* para la captación de clientes⁴⁴. Plantea que el objetivo de este sistema es el menoscabo o atropello de la reflexión consumidor y la invasión a su privacidad mediante acosos o intimididades. Por ello la ley les asigna un fuerte carácter tuitivo.

Por otra parte el art 1105 del CCCN entrega el concepto de contratos celebrados a distancia al disponer que son aquellos donde el proveedor y el consumidor concluyen mediante “... con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia...”, es decir, “...los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. Son considerados de este modo especialmente los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”⁴⁵. Como antecedente de la normativa señala Tambussi (2015) se adoptó el llamado “Libro verde” en Europa, la Resolución 104/05 de la Secretaría de Coordinación Técnica de

⁴³ Art. 1104.

⁴⁴ Codificado a partir del art. 1110 del CCCN en adelante

⁴⁵ Art 1105 CCCN.

Defensa del Consumidor para el Mercosur y la LDC⁴⁶ en nuestro país, para las compras vía web.

Los contratos celebrados a distancia según Grover Dorado (2016) pueden definirse como aquellos que se perfeccionan a través de internet o la vía telefónica (principalmente), sin la presencia física de las partes contratantes integrando el género contratos celebrados a distancia o contratos entre ausentes. La manifestación de la voluntad es inmediata dada la instantaneidad en la comunicación. Esta última es la nota tipificante de estos.

Ahondando en la temática del art. 1105 del CCCN todo se realiza electrónicamente: las negociaciones, la conclusión, el pago. Incluso la manifestación del consentimiento. Ello es efectuado mediante la manipulación de un teclado y en las mayoría de las veces mediante la adhesión a "... extensas condiciones generales, lo cual hace aplicable al caso el fenómeno regulador de los contratos de adhesión" (Tambussi, 2015, p. 102). Grover Dorado (2016) completa el concepto diciendo que la voluntad es inmediata dada la instantaneidad comunicacional y sin la presencia física de las partes.

Dicho de otro modo el consentimiento es manifestado por medio de una comunicación telefónica o de la modalidad *click-wrap* para los usuarios de internet. En ambos se aceptan las condiciones y cláusulas prerredactadas unilateralmente por el proveedor a través de los mecanismos explicados. Los usos y las costumbres han hecho de esta forma de celebración la más habitual (Grover Dorado, 2016).

Una de las partes (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas por la otra (predisponente) mediante un "click" en la leyenda "Acepto", "Estoy de acuerdo" o similar, que aparece normalmente al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario (Grover Dorado, 2016, Apartado II).

Todo esto constituye un marco para realizar prácticas de comercio electrónico como el *spamming*- envío de mails invasivos y no autorizados por el usuario. Esta técnica está prohibida por distintas leyes⁴⁷. Salvo consentimiento del usuario. Otra es el *cybersquatting* donde se clonan páginas conocidas por otra semejante para aprovechar el efecto arrastre de determinados productos. Por último Lorenzetti explica que los *cookies*

⁴⁶ Arts. 8º, párr. 2º, 10 ter y 33 de la ley 24.240.

⁴⁷ Ley 25.326 de Protección de Datos Personales y los arts. 10 (abuso del derecho) y 11 (abuso de posición dominante) del CCCN.

son programas que posibilitan registrar los movimientos del navegante en la web y así obtener datos de sus deseos, sin contar con el conocimiento del usuario.

No menos importante es el articulado de la LDC⁴⁸ que establece que cualquiera de las formas de venta domiciliaria que utilice el proveedor para ofrecer sus productos otorga al consumidor el derecho a responder por medios análogos. Con anterioridad hice referencia a los contratos de adhesión. Son considerados así los correos electrónicos. Se celebran por adhesión mediante el *click-wrap* y por consiguiente es aplicable toda la normativa de la Sec. 2^a “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas” del CCCN y el art. 33 de la LDC.

Avanzando en la temática el art. 1106 del CCCN sobre utilización de medios electrónicos puede arrojar algunas dificultades cuando considera que el requisito de la forma escrita se debe “... entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar” dado que dificulta la verificación de su autenticidad (Tambussi, 2015).

Otro problema que acarrearán estos medios tecnológicos es el tema de la oferta debido a la falta de actualización de páginas web respecto de las promociones que el proveedor realiza y el consumidor cree vigentes. Esto acarrea el problema de que el comprador de ellas las cree vigentes y el estipulante alega vencidas (Tambussi, 2015).

Ante ello el Código Unificado en un art. resuelve la cuestión fijando como fecha de vigencia de la oferta la establecida por el oferente. En caso de omitirse esto último será durante el tiempo que “... permanezcan accesibles al destinatario. Termina diciendo que “El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”⁴⁹. Todo esto se complementa con el art. 53 de la LDC sobre cargas dinámicas de la prueba. Dicho de otro modo y en palabras de Tambussi (2015, p.106) “La reforma considera “... vigente la propuesta cuando no se haya consignado expresamente su vigencia...” en concordancia con la LDC⁵⁰. Respecto al lugar de cumplimiento, y en aras de mantener la vigencia del acceso a la justicia, este debe ser el del domicilio real del consumidor o el que este haya indicado expresamente.

Los restantes artículos del capítulo del Código unificado legislan sobre el derecho de revocación del consumidor⁵¹. El primero de estos⁵² impone la obligación del

⁴⁸ Art. 33 LDC.

⁴⁹ Art. 1108 CCCN.

⁵⁰ Art. 7 LDC.

⁵¹ Ellos son los arts. 1107 y del 1110 a 1116 CCCN inclusive.

⁵² Art. 1107 CCCN.

empresario de informar cuando usa la contratación electrónica. Dicho deber, debe ser satisfecho en todos los aspectos comprensivos de la contratación mediante condiciones generales, costos extras y demás modalidades de la contratación (Tambussi, 2015).

Es el empresario quien cuenta con la posición más favorable en la relación jurídica. Es a él a quien la ley le asigna este deber a los fines de que el consumidor que adhiere a estas cláusulas generales tenga "...pleno conocimiento de las características esenciales del bien o servicio ofrecido" (Tambussi, 2015, p. 104).

El art. también estipula sobre la facultad de revocación de la aceptación. Sobre esto amplía el CCCN, expresando que es irrenunciable (como estipula el art. 37 de la LDC) y se tendrá por no escrita toda cláusula que lo restrinja o disminuya. La vigencia es de "...diez días computados a partir de la celebración del contrato⁵³". Pero si la aceptación es posterior a la entrega de producto, dicho plazo corre a partir de la entrega y es prorrogable para el caso de que dicho día sea inhábil, hasta el más próximo día hábil.

Sobre la revocación de la aceptación y en relación a la LDC Tambussi (2015) explica que el CCCN legisla en forma similar al art. 34 de la ley especial. La innovación de la unificación es sobre el corrimiento del plazo para el caso que este sea en día inhábil. La ley 24.240 no lo contemplaba.

La función del plazo es darle al consumidor la posibilidad de meditar, reflexionar sobre lo ofrecido y recibido y desvincularse si así lo desea (denominado período de enfriamiento o *coolingbrake*). Es una potestad de aquel con el solo requisito de ser ejercido dentro del plazo (Tambussi, 2015).

Excepcionalmente este derecho revocatorio "... no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho"⁵⁴. Y sigue enunciando que tal información debe ser incluida en las etapas de negociación como de conclusión del negocio y "...ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario".

El art. 1112 del CCCN provee la manera de comunicar al proveedor en caso de que el consumidor ejerza el arrepentimiento. Debe hacerlo por escrito, por medios electrónicos o similares o devolviendo la cosa dentro del plazo del art. 1110 del CCCN.

Ello, es concordante con el art. 10 ter LDC, que permite utilizar el mismo mecanismo de contratación para el caso de revocación. Pero si se decide por la devolución

⁵³ Art. 1110 CCCN.

⁵⁴ Art. 1111 CCCN.

de la cosa objeto de la contratación el proveedor debe retirarla en el domicilio del consumidor, o donde esta se hallare (Tambussi, 2015).

Una vez revocada la aceptación en tiempo y forma por el usuario o consumidor, las partes se liberan devolviendo las obligaciones respectivas en forma recíproca y simultánea⁵⁵.

Será obligación del consumidor "... poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último"⁵⁶, a lo que Tambussi (2015) completa remarcando que esto no implica erogación o pago al proveedor por traslado (flete) o retiro del producto.

Completa el artículo en tratamiento el art. 1115 del CCCN:

Gastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.

Finalmente, el art. 1116 del CCCN trata sobre excepciones al derecho de revocar. Se refiere a productos a requerimientos específicos (como los confeccionados a medida), productos perecederos, los de uso inmediato y los demás establecidos.

Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos: a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez; b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; e) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Este tipo de contrataciones dominado por el comercio electrónico y el *marketing* invasivo donde se accede a productos con información cambiante, compleja e intangible aumenta la vulnerabilidad de quien las consume. Así lo señaló la justicia al advertir que el "... sistema de comercio por medios electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una

⁵⁵ Art. 1113 CCCN.

⁵⁶ Art. 34 LDC.

tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte⁵⁷. Fue la legislación especial (LDC principalmente) y el Código unificado quienes amparan a la parte débil contractual con un importante alcance tuitivo.

Concluyendo, de la lectura de estas normas, puede afirmarse que la legislación argentina posee una reglamentación actualizada en materia de contratos electrónicos y la formación de consentimiento.

2.5. Régimen aplicable: contratos de consumo y contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

El CCCN regula por separado los contratos discrecionales, los de adhesión y los de consumo. De los primeros solo señalaré que son aquellos en que prima la voluntad privada de las partes. No existe desigualdad jurídica entre ellas.

Diferente es el caso en los de adhesión porque hay una limitación a la libertad contractual de negociación. Estos últimos, a su vez pueden ser o no de consumo. Por lo tanto el régimen de las cláusulas abusivas puede manifestarse en cualquiera de estas formas de contratación. La interrelación protectoria escalonada, diferenciada y acumulativa: “la de los contratos paritarios se aplica también a los contratos de adhesión y las de los contratos de adhesión a los contratos de consumo” (Barocelli, 2016, Apartado D).

Los fundamentos del Anteproyecto de CCCN (2012), podemos explicar claramente el párrafo anterior:

- a.- Contratos discrecionales: hay negociación de partes y plena autonomía privada (se aplica el Título II, Parte General).
- b.- Contratos celebrados por adhesión: se aplica el régimen del CCCN destinado a esta sección, es decir el T. II, Parte General, Cap. 3, Sec. 2º, arts. 984 al 989.
- c.- Contratos de consumo: se aplica el T. III, Cap. 1 denominado “Relación de consumo”, sin importar si el contrato es por adhesión o no porque este último es un elemento que no lo tipifica.

De este modo las cláusulas abusivas tendrán como normas aplicables las reglas generales incorporadas en el CCCN, las leyes especiales y las relativas a los contratos de adhesión. Sobre ello Stiglitz (2012, Apartado VI) dice:

⁵⁷ C.N. Apel. Civ., sala K, 05-10-2012, “Claps, Enrique Martin y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios”. Recuperado de <https://informacionlegal-comar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Una primera reflexión nos conduce a esclarecer que, si bien es cierto que las disposiciones se hallan ubicadas en el Capítulo IV sobre "Cláusulas abusivas" referidas a los contratos de consumo, el artículo 1117 del Proyecto dispone su aplicación a los contratos por adhesión. A ello se refiere la remisión efectuada, por un lado a las leyes especiales y, por otra, a los artículos 985 a 988. La remisión a las leyes especiales, refiere, indudablemente, como mínimo, a la Ley de Defensa del Consumidor y las disposiciones aludidas precedentemente a los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas.

Por otro lado, en caso de coalición de normas la CSJN ha dicho:

En los casos en los que está en discusión los derechos del consumidor y se presenta una colisión de normas no es la ley sino la Constitución Nacional la fuente principal de esos derechos, rigiendo, en ella la interpretación más favorable a aquel, la precedencia normativa constitucional y la integración con otras normas en el supuesto de ausencia de regulación específica⁵⁸.

Según Lorenzetti (2009) una norma es operativa cuando es inmediatamente aplicable, están dirigidas al ciudadano en forma directa, a diferencia de las programáticas que van dirigidas al Estado.

El art. 3 de la ley de LDC, reformado por la ley 26.361, estipula que “en caso de duda sobre la interpretación de los principios de esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”⁵⁹ (Lorenzetti, 2009, p. 49). Se utiliza cuando existe duda. Sin embargo, el juez es quien analiza los elementos fácticos y su correspondencia con la norma aplicable. Da la solución al caso por vía de la deducción (Lorenzetti, 2009).

Otro problema frecuente se produce cuando hay normas especiales que regulan la actividad del proveedor como las que regulan la actividad bancaria, telefónica, medicina prepaga, etc. y en numerosos casos pretenden ser aplicadas a las relaciones de consumo. La solución la otorga el legislador: “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por su actividad que desarrollo, esté alcanzado asimismo por otra actividad específica”⁶⁰.

En otro fallo sobre un contrato de seguro entre un particular y la compañía aseguradora la CSJN ha dicho que:

... se trata la presente de una figura contractual 'de adhesión' y 'de consumo', puesto que amén de adherirse a las cláusulas predisuestas de una empresa, existe un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables, por ende, las disposiciones de la ley 24.240 (de Defensa del Consumidor) y la particular hermenéutica

⁵⁸ C.S.J.N., 19-03-14, “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 - exp. 29.184/02*”, Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti L. L., ejemplar del 23/07/14. <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁵⁹ Art. 3 de la ley de LDC.

⁶⁰ Art. 3 de la ley de LDC, reformado por la ley 26.361.

jurisprudencial y legal elaborada a propósito de esta materia. Ella ordena, respecto de la Ley de Defensa del Consumidor y demás leyes aplicables a las operaciones de consumo se esté, de entre todos los sentidos posibles, al que favorezca al consumidor, criterio que se extiende igualmente a los contratos (v. arts. 3º y 37 de la ley 24.240)⁶¹.

Concluyendo y siguiendo a Stiglitz (2015) la cuestión de determinar cuándo un contrato es en forma simultánea de consumo y de adhesión es de gran importancia práctica porque determina el régimen de prescripción, del deber de información, de las cláusulas abusivas, entre otros, como veremos más adelante.

2.6. Conclusión.

De lo expuesto se destacan las reformas realizadas por el CCCN las cuales entregan una visión humanista (los derechos del consumidor integran el catálogo de derechos humanos) y amplía del régimen tuitivo que ampara a los consumidores y usuarios. Esto se manifiesta al superar la visión contractualista del CC en la que solo era digno del amparo el sujeto contratante. Hoy el hecho jurídico de consumir, el ilícito, los contratos gratuitos, las tratativas contractuales, o al grupo familiar o social del consumidor, entre otros, son elementos generadores de la relación jurídica.

Por otro lado lo que determina que un contrato sea de consumo es el requisito esencial de que sea para consumo final. El CCCN realizó grandes aportes y actualizaciones en la materia, particularmente en contrataciones realizadas a través de internet y telefónicas, hoy en día muy utilizadas. Ellas en su mayoría son ofrecidas al consumidor como contratos de adhesión.

En estos últimos, legislados con autonomía tuitiva, el consentimiento y la libertad de contratación de una de las partes se encuentran limitados por lo que toman mayor dimensión los principios protectorios. El sujeto contratante goza de una presunción de ignorancia legítima. Para finalizar coincido con Manovil (2016) cuando señala que el consumidor al adherir a las condiciones generales realiza un acto de confianza más que una expresión de voluntad.

Capítulo 3: Principios protectorios del consumidor/adherente.

3.1. Introducción.

En la actualidad las grandes empresas se transformaron en verdaderos profesionales, proveen la mayoría de los bienes y servicios del mercado. En este contexto

⁶¹ Cám. Nacional de Apel. en lo Civil, sala F, 07-05-2004. “*Etcheverry, Roberto E. c. Omint S.A. de Servicios*”. Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

aparece una técnica comercial muy usada en nuestros tiempos: la contratación por adhesión a cláusulas predispuestas y generales. Esta pericia trae como beneficio la circulación de productos en forma masiva. Como contracara otorgan al estipulante un enorme poder respecto al sujeto no profesional que debe adherir para adquirirlos. La consecuencia de todo esto es la desigualdad y la debilidad de este último (Vallespinos y Varizat, 2011).

A raíz de la dificultad señalada los contratos de adhesión para el consumo final gozan del régimen tuitivo consumeril. De este modo el adherente ingresa en la categoría de consumidor porque contrata para consumir, usar o utilizar el bien o servicio como destinatario final.

Los principios que regulan la situación surgen de la CN, tratados internacionales, el CCCN, la LDC y demás leyes protectorias como lo son la de Defensa de la Competencia N°21.156 y la de Lealtad Comercial N°22.802.

Tal protección "... es un aspecto más de la protección del individuo, que engloba también protección frente a la genética, de la invasión de la privacidad, de la protección del medio ambiente..." (Lorenzetti, 2009, p. 18) y tiene como base al derecho para desempeñarse en sociedad de los individuos, es decir, derecho a la salud, educación, esparcimiento, etc. Jurídicamente, constituyen una garantía mínima del Estado y alcanza a "... los consumidores contratantes, usuarios contratantes, a los actos dañosos causados a consumidores y usuarios, a las pretensiones de acceso al mercado y bienes primarios y a la protección de las relaciones colectivas de consumo" (Lorenzetti, 2009, p. 9).

Estas garantías, derechos y principios protectorios son los que se desarrollan a continuación.

3.2. Art. 1094 y 1095 CCCN: principio "*In dubio pro consumidor*".

Por imperio de la necesidad, los contratos de contenido predispuesto y por adhesión son una realidad en nuestros días. Se han convertido en herramientas esenciales para las relaciones de consumo y la contratación en masa. Estas modalidades destruyeron uno de los presupuestos en materia de contratos como era el equilibrio negocial. Pusieron también al descubierto las asimetrías entre las partes de la relación jurídica. Establecieron a su vez el principio de la igualdad formal ante la ley propio del liberalismo clásico. El que también fue abandonado para dar paso a la protección de la parte débil frente al poderío empresarial y profesional (Tambussi, 2015; Vallespinos y Varizat, 2011).

Estos nuevos instrumentos trajeron como consecuencia el surgimiento del concepto de debilidad negocial referido a las condiciones al momento de vincularse. Una

parte fuerte y otra débil derivó en el nacimiento de un nuevo principio: el *favor debilis* (Puga, 2011). Esta apertura, elemento corrector de desigualdades, se manifestó en el transcurso del tiempo de diversas formas en las creaciones sociales: en el derecho penal (*indubio pro reo*), en el derecho laboral (*in dubio pro operatio*) y en el campo civil - inicialmente - como *indubio pro debitoris* (Lorenzetti, 2009). Este último dice Lorenzetti (2009) tuvo formación progresiva. Primitivamente el *favor debitoris* se confundió con la posición del deudor. Gradualmente van apareciendo el *favor libertatis*, *favor debitoris* y *contra stipulatorem*.

En la redacción originaria del CC no se legisló sobre interpretación contractual. El tema fue dejado por Vélez Sarsfield el tema en manos del CCom. Este último cuerpo indicó que en casos de duda las cláusulas ambiguas debían interpretarse siempre en favor del deudor⁶². Esto es en el sentido de la liberación (Lorenzetti, 2009). Ello originó razones para recomendar: “la incorporación al Código Civil como principio de protección a la parte más débil sin distinguir si se trata de un deudor o de un acreedor” (X Jornadas Nacionales de Derecho Civil). Por lo que, “... ya no se trata de un *favor debitoris*, sino de un *favor debilis*, ajustando el principio a las nuevas demandas que presenta la sociedad” (Lorenzetti, 2009, p. 15).

Modernamente ilustra Alferillo (2009), estas expresiones contienen el concepto de *indubio pro debil* y tienen como horizonte la defensa de la parte vulnerable de la relación jurídica. En el derecho argentino el mencionado principio, también denominado como *favor consumatoris*, ordena que para los casos de duda interpretar los principios de la ley⁶³ y el contrato de la forma más favorable para el consumidor, o los alcances de la obligación de la forma menos gravosa a este último (art. 37 LDC). Así queda habilitada la posibilidad de recurrir a principios de otros instrumentos normativos siempre que sean más beneficios al consumidor (Vallespinos y Ossola, 2011).

Esta situación del débil jurídico en la relación de consumo se propicia corregirla mediante la intervención del derecho. Se inclina la ley en contra de esta realidad fáctica convergiendo en la formulación del régimen tuitivo, siendo este “favor al débil” la pauta interpretativa que reduce la distancia entre débiles y fuertes (Tambussi, 2015).

Es requisito para la procedencia de este requerimiento la existencia de la duda.

Se requiere, entonces, la existencia de duda para la aplicación de este principio. Hay duda cuando el texto o una cláusula del mismo son oscuros y no es posible descubrir su significado preciso en relación con el problema a resolver. Relacionado con ello

⁶² Art. 218, inc.7 CCom.

⁶³ Art. 3° LDC.

está la cláusula ambigua, que es la que permite dos o más soluciones, lo cual es una forma de oscuridad⁶⁴.

La cual debe ser cierta ya que el juzgador debe realizar una interpretación total, no parcial y “...si, efectuado éste, conforme a las reglas de la teoría general, la duda persiste, solo entonces podrá haber de aplicar la mentada regla”⁶⁵. El Código reitera el principio⁶⁶ y señala que cuando las dudas surjan de la interpretación del CCCN o leyes especiales, prevalece el más favorable al consumidor. Sienta así el principio general y refuerza lo establecido en la LDC.

Es importante mencionar el análisis que hace Lorenzetti (2009) respecto a la debilidad estructural de los consumidores cuando dice “El grupo de consumidores es heterogéneo y poco cohesionado”. Y continúa con un ejemplo gráfico y didáctico que aclara la cuestión “... un médico se ve incitado a petitionar por una legislación que favorezca a su grupo y a cobrar un plus, en perjuicio de los consumidores, siendo que él también es un consumidor” (Lorenzetti, 2009, p. 17). Claro está que la posición de inferioridad la estructura del mercado.

De este modo se propicia corregir la situación del débil jurídico en la relación de consumo con la intervención del derecho. Por lo tanto puedo decir que la ley se inclina en contra de esta realidad fáctica y converge en la formulación del régimen tuitivo que actúa en “favor al débil”. Esta pauta interpretativa reduce la distancia entre débiles y fuertes (Tambussi, 2015). Es obligación para la procedencia de este requisito la existencia de la duda.

Lo antes dicho se completa con los art. 37 LDC y 1095 CCCN. Previo a la unificación, los antecedentes de estos eran el art. 1198 del CCCN del principio de buena fe contractual y el antes mencionado art. 218, inc. 7º del CCom.

La norma del CCCN sigue el sentido del art. 37 LDC “... apuntando a erradicar todo perjuicio desproporcionado e inequitativo al consumidor a la vez que se resguarde la finalidad perseguida, atento a estar los contratos destinados a cubrir necesidades del consumidor que pueden ser elementales” (Tambussi, 2015, p. 60 y 61).

El mismo doctrinario (2015) al hablar de la relación jurídica entre el proveedor y el consumidor, expone que en la mayoría de los casos se da mediante contratos de

⁶⁴ Cam. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala II, 26-3-08, “*Interplan S.A. de Ahorro para Fines Determinados c. GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones*”. Recuperado el 16/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁶⁵ C.N. Com., Sala A, 31-3-04, “*D., c. Video Cable Comunicación S.A. y otro*”, L.L. 2004-C-634.

⁶⁶ Art.1094 CCCN.

consumo redactados en cláusulas predispuestas (contratos de adhesión). En estos el adherente puede tener dificultades en cuanto al alcance y sentido del mismo o de alguna de sus cláusulas ya que solo puede aceptarlo íntegramente o no contratar. Allí aparece el elemento equilibrador que no es otro que el régimen tuitivo. Dado que no interviene la autonomía de la voluntad frente a los cual el consumidor tiene o puede tener graves dificultades de entendimiento en cuanto a su sentido y alcance. Al respecto solo puede aceptar en su integridad o no contratar. Basado en la equidad y producto del desequilibrio el *favor debitoris* se convierte en *favor debilis* y de aplicación a la más favorable y menos gravosa al consumidor (Tambussi, 2015).

Ya se dejó explicado que si el contrato contiene cláusulas oscuras y es imposible dar con su significado estamos ante la duda:

Los contratos de adhesión en los que se establecen condiciones generales a las que una de las partes adhiere sin negociar – en el caso, la adquisición de una vivienda en cuotas – deben interpretarse en caso de duda en contra del autor de las cláusulas, pues el consumidor goza de una suerte de presunción de ignorancia legítima⁶⁷.

3.2.1. Principio “*in dubio contra stipulatorem*”.

El principio *in dubio pro consumidor* rige para las relaciones de consumo en general. A él en materia de contratos de adhesión, el principio *in dubio contra stipulatorem*, para casos de cláusulas contradictorias, ambiguas, oscuras, defectuosas o incompletas redactadas por el proveedor/ estipulante. La interpretación debe tener como meta establecer lo que el adherente comprendió mediante un razonable entendimiento y esto resultará obligatorio para el estipulante, aunque no sea con exactitud lo que quiso decir. Es decir, contra el predisponente (Tambussi, 2015).

Al principio *contra proferentem* lo receptan los art. 3 LDC y 1095 del CCCN. El mismo tiene base en el principio de buena fe porque quien no participa de la elaboración del contrato (adherente) no debe compartir los defectos de la redacción del mismo. Sumado a ello quien perjudica al aceptante abusando de su posición dominante usando cláusulas abusivas no tiene un comportamiento leal y honesto. Los principios de la ley (de orden público y de interpretación pro) se aplican al momento de analizar el contenido del contrato de consumo, que por lo general son predispuestos unilateralmente (Alferillo, 2009).

⁶⁷ C.N. Apel. Cont. Adm. Fed., sala II, 10-08-2000, “Viviendas Rolón de Siteca S. R. L. c. S. C. e P”. Recuperado el 20/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Por ejemplo, sobre el rechazo de la demanda del titular de un automóvil a fin de reclamar a la compañía aseguradora el pago de la cobertura por destrucción total, fundada en el estado de ebriedad del conductor al momento del hecho, la CSJN dispuso que la misma adolecía de arbitrariedad por rigorismo formal en la carga probatoria por la dificultad que acarrea probar la identidad del resultado del test de alcoholemia. Asimismo, dijo que no estaba previsto expresamente una cláusula que imponga esa prueba al asegurado por lo que, en casos de duda en contratos de adhesión, como el de seguro, rige la regla *contra proferentem*, o *indubio contra stipulatorem*⁶⁸.

3.3. La vulnerabilidad como justificativo de la protección.

Vulnerable, hiposuficiente, parte débil, son términos para perfilar la desigualdad específica que demanda protección para el sujeto en la relación jurídica y que necesita de la tutela del derecho. La norma protectoria se ocupa del adherente/ consumidor cuando se relaciona con otro en razón de la desigualdad de recursos (Lorenzetti, 2009).

El autor (2009, p. 31) dice que “Los jueces pueden socializar los contratos...” como lo establece el art. 960 CCCN y rectificarlos en el caso concreto si lo corre peligro es el orden público porque lo que le impuesta a la sociedad es que los contratantes obren bien. Agrega (2009) que el supuesto de hecho de la vulnerabilidad es el presupuesto para la protección y tiene justificación en el art. 42 CN (principio protectorio suprallegal).

El consumidor es vulnerable previo a la relación jurídica de consumo porque el estipulante redacta unilateralmente los términos del contrato. De esta manera y a los fines de garantizar la voluntad real del adherente se entromete el derecho para neutralizar las desigualdades económicas y cognitivas sin que alteren su discernimiento (Lorenzetti, 2009).

Es decir se reconoce la superioridad de los proveedores en las relaciones contractuales basada en la especialidad propia del profesional y la consecuente inferioridad de los profanos (Juanes, 2011).

En otras palabras, la vulnerabilidad puede darse cuando no existe un grado suficiente de competencia para asegurar la libertad de elección, falta de información clara, abundante y adecuada. Este es el argumento por el cual es necesario intervenir en las relaciones privadas (Lorenzetti, 2009).

⁶⁸ S. C. J. de Mendoza, 29-06-09, “Intiar S.A. c. Triunfo Coop. de Seguros Ltda.”. Recuperado el 13/11/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Esto suscitó que los proveedores se convirtieran en expertos profesionales. Del otro lado los consumidores desprotegidos por falta de conocimientos específicos de producto o servicio que adquirirían y de conocimientos jurídicos. Dichos desconocimientos fueron aprovechados por el proveedor para introducir cláusulas leoninas, engañosas (Lorenzetti, 2009).

Por otro lado, la tecnología aumenta la vulnerabilidad ya que se presenta simple ante el contratante pero compleja en su diseño, lo que le facilita al proveedor escapar de la zona de control tuitivo (Lorenzetti, 2009).

3.4. Orden Público versus autonomía de la voluntad.

El principio de orden público contra el principio de la autonomía de la voluntad es un juego dialéctico para la dogmática jurídica basado en tensiones de corte constitucional y legislativo. Han sido pocos los análisis del principio de orden público en los últimos treinta años pese al avance en su fortalecimiento y poseer perfil propio en cada una de las ramas del derecho (Puga, 2011). Es tema de agenda básica en los estatutos de protección sobre bolsones de desigualdad sustancial o relaciones asimétricas que invaden la realidad actual (v.gr.: jurídico dependientes, ley 20.744; relaciones de consumo, ley 24.240; relaciones experto profano, ley 26.361) (Puga, 2011, p.80).

Es por ello que puede definirse como el interés estatal en su compromiso con el bienestar general, basado en una técnica legislativa que refuerza el imperio de la ley y suprime garantías individuales respecto a un interés específico del Estado sobre la materia reglada. El bienestar general es mutable y variable por ser el conjunto de valoraciones de un momento histórico (Puga, 2011).

Lorenzetti (2009) clasifica las funciones del orden público en cuatro ítems:

- 1- Como garantía del consentimiento pleno: orientado a corregir obstáculos de la manifestación de la voluntad...” como es el caso de “...la interpretación contra el estipulante...” (Lorenzetti, 2009, p. 25),
- 2- Como garantía de la protección de la parte débil: garantía de igualdad de oportunidades para manifestar el consentimiento,
- 3- Como orden público de coordinación: controlan la licitud de lo pactado entre las partes. Buena fe, la socialidad del contrato, son ejemplo de ello, (Lorenzetti, 2009),
- 4- Como orden público de dirección: “... al que le interesan las externalidades contractuales, desde la perspectiva de la organización jurídico-económico del Estado” (Lorenzetti, 2009, p. 25).

En Argentina la Ley de Abastecimiento 20.680 constituye un claro ejemplo de intervención del Estado en aras del bienestar general. Específicamente la autonomía de la voluntad contractual del art. 958 del CCCN⁶⁹, sufre los límites del orden público. De esta manera, la libertad contractual no es de carácter absoluto y debe ejercitarse dentro de los límites que el artículo dispone. Ya no es el art. 1197 del CC que disponía la autorregulación legal. En la actualidad la unificación se ocupa por el desarrollo completo del consentimiento pleno y por garantizar efectivamente que se exprese la autonomía privada de las partes como señala Kitainik (2014). En los comentarios de la normativa termina diciendo (2014, p. 557) “... la obligatoriedad del contrato proviene de su validez, lo que viene a ratificar la relatividad de la voluntad declarada cuando las partes se apartan de las pautas legales”.

Esto se plasmó en un fallo donde la justicia declaró que los derechos renunciados por el adherente al firmar el contrato de cuenta corriente bancaria o de tarjeta de crédito configura una cláusula nula por tratarse de derechos indisponibles que viola al principio protectorio de orden público de la ley 25.065⁷⁰.

También las normas de LDC son de orden público según el art. 65.

La ley ha establecido como regla obligatoria de interpretación que en caso de duda se ha de estar siempre a la interpretación más favorable y menos gravosa para el consumidor (arts. 3º y 37), siendo dicho principio ordenador insoslayable para interpretar la ley, atento al carácter público que ostenta la norma en análisis (art. 65, ley 24.240) (Tambussi, 2015, p. 54).

Por ello, los derechos de los consumidores son irrenunciables y aplicables (aun de oficio) por la justicia y la autoridad pública. Refuerza así el principio de irrenunciabilidad de los derechos el CCCN que consagra que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público⁷¹” y cuando estipula que “Está prohibida la renuncia general de las leyes y que los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba⁷²”. De esta manera los consumidores no podrán renunciar a sus derechos antes, durante o al finalizar la relación contractual (Barocelli, 2015).

Resumiendo la normativa especial consumeril es intervencionista y suple la voluntad del consumidor (art. 37, LDC) constituyéndose en un principio para interpretar

⁶⁹ Art. 958 CCCN.

⁷⁰ C.N. Apel. Com., sala F, 12-07-2016, “*Banco Santander Río S.A. c. González, Viviana Alejandra s/ ejecutivo*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁷¹ Art. 12 CCCN.

⁷² Art. 13 CCCN.

la marco legal, atento a un carácter público (art. 65, LDC) (Tambussi, 2015; Vallespinos y Varizat, 2011). En este complejo universo el consumidor tiene un rol de espectador, tan solo puede adherir a un decálogo predispuesto unilateralmente (Tambussi, 2015).

Cuando haya duda sobre el alcance de una cláusula contractual normalmente predispuestas el juez deberá aplicar los mencionados principios *in dubio pro consumidor* o su contrapartida *in dubio contra stipulatorem*. El problema aquí, dice Lorenzetti (2009) es que las partes pueden haber expresado correctamente su consentimiento, pero al no existir negociación ni discusión, sino mera adhesión y ello produce desequilibrios que el derecho corrige al intervenir.

Este contralor se complementa con los controles administrativos previos en materia de contratación por adhesión a condiciones generales como son los de telefonía, seguros, contratos bancarios y demás (Alferillo, 2009; Lorenzetti, 2009).

Vale la aclaración, "... el legislador no quiere hacer el consentimiento, sustituyendo a las partes, y por ello su intervención es procedimental: garantía de un procedimiento encaminado al consentimiento pleno; no va más allá" (Lorenzetti, 2009, p. 26).

Concluyendo lo importante es:

- La colaboración del derecho en el ataque que producen las situaciones de desequilibrio de poder y
- Asegurar la expresión plena del consentimiento.

3.5. Principio de las cargas dinámicas de la prueba.

En derecho procesal existe una regla general que establece que quien alega un hecho es el encargado de probarlo y receptado también el CCCN⁷³. Principio, que no es absoluto.

Como es conocido, no existen reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas en el tema, el principio de la carga probatoria dinámica la impone a la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; en tanto ambos litigantes están obligados a colaborar con el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva⁷⁴.

Fundado en el art. 16 de la Carta Magna que establece la garantía de igualdad, los art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y fundamentalmente en la búsqueda de la verdad jurídica material y esclarecimiento de la causa la doctrina ha elaborado el concepto de cargas de la prueba

⁷³ Art. 1734 CCCN.

⁷⁴ C.N. de Apel. en lo Com., sala B., "*Banco de Galicia y Buenos Aires c. L. H., P. M. y otros*". Recuperado el 13/11/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

dinámica para morigerar el rigorismo ritual en el proceso cuando ello es causa de la imposibilidad de la falta de colaboración de la contraparte - como son el ocultamiento y conductas elusivas de las fuentes de prueba (De los Santos, 2016).

Todo esto conduce al desplazamiento de la carga de la prueba sobre quien está en mejores posibilidades de hacerlo en casos de prueba difícil. Esto no quiere decir que la parte que solicita el beneficio se encuentre exenta de aportar pruebas. Por el contrario, debe realizarla. La jurisprudencia crecientemente fue incorporando el principio, al igual que varios códigos procesales provinciales de nuestro país. Entre ellos el de la provincia de San Juan, el cual resulta de redacción ejemplar:

... en los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto del principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán asimismo a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas menos dificultoso aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de habitualidad, especialización u otras condiciones, ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde la atención de la carga, según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal. Los jueces y tribunales podrán obrar de manera activa a fin de acceder a la verdad jurídica material y al debido esclarecimiento de la causa⁷⁵.

Lorenzetti (2009) ilustra el caso de las empresas que tienen los formularios del pedido del cliente. Aquí, será ella la que deberá probar por aplicación del beneficio de la carga de la prueba. “Las empresas que contratan masivamente hacen llenar formularios en los que consta claramente la finalidad, y normalmente no hay dudas al respecto” (Lorenzetti, 2009, p. 108). Quien tiene los datos puede probarlos y debe aportarlos al proceso.

No menos destacable es la aclaración que es un instituto de excepción basado, como dijimos antes, en la prueba difícil y procede en casos de interés público como es el caso de los contratos de adhesión para el consumo final. Estos últimos cumplen, muchas veces, con los requisitos de prueba difícil. Por ejemplo en la contratación electrónica, es el empresario quien cuenta con los medios para demostrar que la contratación fue ajustada a derecho y al principio de la buena fe. Sumado a que el proveedor tiene una posición más favorable que su adversario (Tambussi, 2015).

En ese marco los: “... proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio,

⁷⁵ Art. 340, Ley N.º 8037 de la provincia de San Juan (Parte pertinente).

prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”⁷⁶.

En Código unificado recepta el principio en cuestión:

Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa⁷⁷.

En un fallo la Cámara concluyó que las reglas de la distribución de la carga dinámica son de carácter excepcional que desplaza el *onus probando*, es decir, distribuye el esfuerzo probatorio recayendo en quien está en mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas para ofrecerla⁷⁸.

3.6. Derecho a la información.

El derecho a la información es un derecho subjetivo del consumidor/adherente derivado del art. 42 de la CN (y además operativo). El consumidor al momento de adherir a contratos preredactados se encuentra frente a un extenso texto en el cual muchas veces no comprende acabadamente. A partir de esto la ley le imprime un fuerte carácter tuitivo.

El objetivo es que tome decisión razonada sobre que adquiere, como utilizarlo y para qué sirve. Conduce así a equilibrar la desigualdad informativa entre los dos polos de la contratación. Esto porque la información es fuente de poder y la carencia de ella es una de las bases para asegurar que el consumidor es un sujeto débil y vulnerable (Tambussi, 2015). En la misma dirección, Vallespinos y Varizat (2011, p.48.) expresa la importancia de que el consentimiento sea informado “...frente a la comercialización masiva de cosas o servicios riesgosos la obligación de seguridad; frente a la imposición masiva de contratos por adhesión a condiciones generales la regulación de un régimen de cláusulas abusivas, etcétera”.

El art. 1100, en consonancia con el art. 4º de la LDC, legisla sobre la obligación del proveedor sobre suministrar información. Esta debe ser gratuita, verdadera y detallada. Complementariamente, el CCCN establece que las “... cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes...”, redactadas en forma “... ”

⁷⁶ Art. 53 de la LDC.

⁷⁷ Art. 1735 CCCN.

⁷⁸ C.N. Apel. Com., sala B, 31-08-2006, “*HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c. De Marchi, Natalia y otro*”. Recuperado el 20/12/16 de <https://informacionlegal-com.ar/bibliotecadigital.idm.oclc.org>

clara, completa y fácilmente legible⁷⁹”. En tanto, el art. 10 de la LDC establece los requisitos del documento de venta.

Todas, ellas su conjunto constituyen la guía para la protección de los usuarios y consumidores (Tambussi, 2015) y deben ser suministradas antes de concretarse la relación jurídica y durante la duración de ella.

Tambussi (2015) detalla claramente como debe ser el contenido de la información y publicidad:

- Veraz: seria, objetiva, no engañosa o falsa,
- Detallada: evitando generalizaciones en sus particularidades,
- Suficiente: debe ser comprensible para lograr la comprensión del consumidor,
- Eficaz: el mensaje debe ser elaborado y transmitido correctamente,
- Cierto: en los diferentes aspectos (técnico, financiero, económico, y demás),
- Objetiva: sin maquinaciones que modifiquen su verdadero sentido,
- Absoluta: de las obligaciones principales y accesorias del adherente,
- Oportuna: tiene que ver con el tiempo de su transmisión, de modo directo y constante para cuando el usuario solicite verificar algún requisito, cláusula, etc.
- Transparente: sin distorsiones ni ocultamientos,
- Por escrito, en idioma nacional y gratuita.

3.7. Trato digno, equitativo y no discriminatorio.

Dice Ossola (2011) que la obligación de informar de los proveedores y el correlativo derecho de ser informados de los consumidores se complementa con el trato digno, equitativo y no discriminatorio, también de rango constitucional. Aparece como un instrumento nivelador entre las aspiraciones de ventas masivas del empresario y las relaciones interpersonales que aspira a obtener el consumidor que adhiere a estipulaciones unilaterales contractuales.

Al respecto se indicó que el art. 42 de la CN impone para toda relación de consumo un trato digno y equitativo mediante eficacia, eficiencia y calidad en la prestación del servicio. Y que debe complementarse con la obligación de suministrar información veraz a los fines de preservar los intereses económicos de los clientes⁸⁰.

En Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) sobre este tema se afirmó que el CCCN y la ley especial conforman una

⁷⁹ Art. 985 CCCN.

⁸⁰ Cam. Apel. Lab. Posadas, sala I, 01-08-2007, “*Dirección de Comercio Interior c/Telecom Personal.*” Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

implementación de la norma de la CN los fines de dotarla de precisión y reglas claras. La unificación, sin derogar norma alguna de la LDC viene a complementarla en función de situaciones que venían tutelando la doctrina y la jurisprudencia (Comisión para la elaboración del proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2012).

Respecto al CCCN los arts. 1097, 1098 y el art. 8° bis LDC legislan sobre el trato digno, equitativo y no discriminatorio.

El mencionado art. 1097 incorpora el concepto de dignidad de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, en otra prueba de que las relaciones de consumo forman parte de esa categoría. Es de aplicación la norma en menor medida restrinja o a contrario, le otorgue mayor protección de los derechos del usuario (Tambussi, 2015). Sobre la última parte del art. Vieira (2013) nos define que se entiende por vergonzante (humillante o deshonroso), por vejatorio (persecuciones, padecimientos o maltratos del proveedor), e intimidatorio (comportamiento que le infunden miedo o temor). Completa Tambussi (2015) diciendo que si hay duda sobre la calificación de vergonzante de una conducta siempre debe resolverse resguardando la dignidad del consumidor por sobre la obtención de ventajas económicas a cualquier costo, cuando para ello el proveedor deba alejarse del respeto a los valores humanos y de un comportamiento respetuoso.

La actitud de la aerolínea de no responder al reclamo efectuado por el consumidor constituye una omisión al deber de prodigarle trato digno y resulta pasible de la sanción prevista en el art. 8 bis de la Ley 24.240, pues la ausencia de respuesta oportuna demuestra falta de interés y consideración, lo cual es violatorio del principio de buena fe⁸¹.

En otro caso en que un usuario jubilado (con dificultades económicas) había sido recategorizado con su consiguiente incremento de la tarifa la justicia acogió el pedido de colocación de un medidor y de reliquidación de deuda. Estableció que los principios que protegen a los usuarios sobre información veraz y trato equitativo de la CN⁸² son aplicables a las relaciones de consumo por su operatividad. Otorgó mayor amparo del ordenamiento jurídico en la prestación de un servicio público de importancia vital⁸³.

⁸¹ S.T.J. de la Pcia. de Formosa, 12-07-2013, “*Aerolíneas Argentinas Sucursal Formosa s/ apelación (ley pcial. N° 1480)*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁸² Art. 42 CN.

⁸³ Juz. 1° Inst. Cont. Adm. de la Plata, sala I, 12-04-2004, “*Savoretti, Héctor L. c. ABSA - Aguas Bonaerenses S.A.*”, L.L. 2004-D- 676.

Respecto al art. 1098 del CCCN, como derivación del principio de igualdad de oportunidades ante la ley, legisla sobre trato digno y no discriminatorio. Esta estableció que en materia de consumo son habituales las prácticas discriminatorias por parte de las empresas. Dichas prácticas resultan de una habitual y premeditada forma de actuación empresarial derivadas del *marketing* y son de difícil captación por el ser humano. Es común observar estas formas en contrataciones por internet o vías telefónicas donde se incrementa la vulnerabilidad del adherente (Tambussi, 2015, p. 70).

A modo de síntesis Ossola (2011) afirma que el régimen tuitivo de la dignidad reconoce varios derechos: a la vida, la libertad, el honor, la no discriminación, a la igualdad o la salud. Se complementan también con el derecho a ser informador y la prohibición de la introducción de cláusulas abusivas en los contratos. “En efecto, la violación del deber de observar un trato digno al consumidor importa la del deber de obrar de buena fe tanto en la celebración como en la ejecución de los contratos” (Ossola, 2011, p.212).

3.8. Conclusión.

Producto del desequilibrio negocial aparecen los principios y derechos enumerados en este capítulo como garantes el libre consentimiento de la parte débil de la relación jurídica. Estos, irrenunciables, relativizan la voluntad de las partes cuando los contratos se apartan de las pautas legales. El orden público se impone sobre la autonomía de la voluntad. Todo esto es realmente importante dado que, en su conjunto, estos principios actúan como guía de protección de los sujetos vulnerables que consumen.

Capítulo 4: Cláusulas abusivas en general.

4.1. Introducción.

En los contratos por adhesión, en masa, o en forma estandarizada el sujeto adherente no tiene la posibilidad de discutir o modificar los términos contractuales. Esto genera un campo propicio para incluir cláusulas abusivas (como sinónimo de cláusula abusiva entre otras: cláusula lesiva, gravosa, leonina, menoscabante, opresiva, vejatoria, exorbitantes, injusta o sorpresivas), lo que genera la intervención del derecho a través de su función tuitiva con el fin de corregir los desequilibrios que se generan.

Es por ello que en este capítulo se desarrolla el concepto de cláusula abusiva, las formas de control y sus efectos.

4.2. Concepto.

Como introductorio: “una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del

consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato”⁸⁴. Barocelli (2016) sostiene que la doctrina ha desarrollado en forma genérica conceptos de cláusula abusiva. Para ello menciona las de Larroumet y Messineo. Para el primero son consideradas abusivas las que se manifiestan en los contratos de adhesión cuando una de los extremos de la relación jurídica ostenta una posición ventajosa y estipula obligaciones gravosas a cargo de la otra parte. Por su parte Messineo, las define como aquellas cláusulas vejatorias que tienen por objeto mantener o agravar la situación de la contraparte que se encuentra en condiciones de inferioridad jurídica.

En la doctrina nacional Farina (2008) interpreta que por cláusula abusiva debe entenderse como aquella impuesta en modo unilateral por parte del empresario y en perjuicio de los consumidores. Estos requisitos producen un desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes contratantes.

En esta relación unilateral y a modo de síntesis puede considerarse establecido que las cláusulas leoninas son aquellas que atentan contra el principio de buena fe porque apuntan a obtener como resultado ventajas para una de las partes en detrimento de la otra. Sumado a ello y según hemos visto en reiteradas circunstancias alteran el equilibrio comercial aprovechando el mayor poder de negociación, de conocimiento y económico por quien las redacta.

Dado la complejidad de este modo de negociación, Ghersi y Weingarten (2010) dividen a las cláusulas abusivas en directas e indirectas. Dentro de las primeras se incluyen todas las circunstancias que solucionan los posibles conflictos en forma inmediata a favor del estipulante. A modo de ejemplo citaré el caso de la cláusula de jurisdicción porque ella es de imposible acceso para el consumidor. Mientras que las soluciones arriban de forma mediata en las cláusulas indirectas, por ejemplo en materia de interpretación de cláusulas ambiguas a favor del empresario.

La Comisión redactora de los fundamentos del Anteproyecto de CCCN aclara que las cláusulas abusivas no se manifiestan solo en los contratos de adhesión sin embargo está instituido que se constituyen en el campo propicio para el abuso. Esta afirmación puede explicarse porque es mayor la tentación para el estipulante de proveerse de beneficios excesivos e irrazonables con el consecuente traslado de cargas para el adherente. Ante esta realidad es el derecho el que debe reaccionar y proteger a la parte débil y en mayor grado cuando el destino de los productos o servicios son para el consumo

⁸⁴ Art. 3.1 de la Directiva Europea 93/13/CEE de la Unión Europea.

final. En este dispendio el usuario es también consumidor (contratos de consumo) y necesita herramientas para menguar el poderío económico y cognitivo del proveedor. Puede decirse que no es solo ante ello sino también ante la limitación de la autonomía de la voluntad a la cual se expone como usuario. Como consecuencia de lo que resulta de esta forma de transacción es lógico y justo que las herramientas sean provistas por la ley. Surge de este modo la reacción del derecho llamado régimen tuitivo que encuentra su fundamento principal en el art. 42 de la CN (núcleo duro de tutela). Pero debe dejarse por aclarado que el abanico protectorio no es exclusivo de la ley madre porque el ordenamiento jurídico argentino dispone también de leyes especiales que se ocupan del tema de las cláusulas abusivas y también lo hace el Código Unificado.

En la ley especial 24.240 no había una definición de cláusula abusiva, lo establecía el decr. regl. en su art. 37 que en la actualidad fue derogado. Esta situación revertida por el CCCN proporciona una definición general de dichas estipulaciones a modo de regla general. Dispone que se considera abusiva aquella cláusula que "...tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes..."⁸⁵.

Desequilibrio que es indicador, en opinión de Barocelli (2016) porque lo considera de este estilo cuando de manera mediata, inmediata, directa o indirecta una cláusula provoca ventajas exorbitantes para el proveedor en detrimento de los derechos del consumidor. También Tambussi (2015) considera, en concordancia con el anterior, que el criterio práctico para encontrar el desequilibrio surge de la comparación de los beneficios y los sacrificios sin justificación de las partes. "Este tipo legal es abierto, brindando la posibilidad de que encuadren en él una cantidad indefinida de cláusulas contractuales perjudiciales al consumidor, o al adherente en general, otorgando de esta manera un abanico protectorio mayor" (Barocelli, 2016, p.3, Apartado II). Esto último es ampliado por Tambussi (2015) al advertir que la omisión de especificar cláusulas abusivas es a los fines de poder adaptarlas para cada tipo de contratos.

Esto debe ser analizado conjuntamente con lo establecido en el CCCN y la LDC. Ambas establecen que se tendrán por cláusulas no escritas:

- Las que desnaturalizan obligaciones del predisponente,

⁸⁵ Art. 1119 CCCN.

- Establezcan renuncia o restrinjan derechos del adherente, o amplíen los del predisponente (como son inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, la limitación de la responsabilidad por daños),
- las que no son previsibles (cláusulas sorpresivas)⁸⁶.

Tambussi (2015) en análisis del art. 988 del CCCN advierte que se omitió especificar un listado de cláusulas abusivas a los fines de poder adaptarlas para cada tipo de contratos. Stiglitz (2015) aclara la cuestión cuando expresa que la desnaturalización se refiere a tres posibilidades: ampliación de derechos del profesional en desmedro del consumidor; estableciendo (el proveedor) modificaciones a su favor de las obligaciones a las que se ha comprometido; y/o suprimiendo o restringiendo derechos del consumidor o ampliando los derechos del estipulante. También sobre las que restrinjan o establezcan renuncia o restrinjan derechos del adherente o amplíen los del predisponente. Y agrega que no revisten mayor análisis: son el fundamento del tutelaje normativo porque generan desequilibrios entre las partes.

Por último las cláusulas no previsibles o sorpresivas son aquellas que participan del género de las cláusulas vejatorias pero que tienen una forma excepcional de manifestación. Aparecen de manera imprevisible, inesperada, inaudita o contradictoria de acuerdo a las circunstancias y objeto del contrato. “La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso no vincula al adherente por no integrar el contenido usual o previsible del contrato” (Stiglitz, 2015, Apartado XIX).

En otras palabras podría decirse que la desnaturalización persigue un beneficio indebido por quien la incorpora al contrato. Se configura así un abuso del derecho en perjuicio del adherente. (Cracogna, 2012) señala que el universo que las integra es indefinido. La jurisprudencia define al instituto de cláusulas abusivas como una “... disposición inserta en un contrato de medicina prepaga por la cual se faculta a la empresa prestataria a rescindir el contrato de forma unilateral e incausada, ya que este tipo de cláusulas desnaturalizan las obligaciones...”⁸⁷.

Resulta también clara la redacción del art. 1117 del CCCN porque despeja todo tipo de dudas e interpretaciones. Esto es así cuando expresa que al fenómeno de las

⁸⁶ Arts. 988 CCCN y 37 LDC.

⁸⁷ Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala II, 03-03-2004, “Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

cláusulas abusivas para contratos de consumo debe aplicarse lo legislado en normativas especiales y según lo que disponen los arts. 985 al 988 del CCCN (para mayor detalle se remite a lo expresado pertinentemente sobre cada uno de estos arts.).

Por otro lado “... muchas veces el trato indigno se disfraza solapadamente de cláusula contractual abusiva, imponiendo al consumidor deberes, restringiendo sus derechos o ampliando los del proveedor de forma tal que se ataca la dignidad misma del consumidor” (Vallespinos, 2011, p.233). Para contrarrestar esto la Secretaría de Coordinación Técnica dictó una Resolución, donde consagra un catálogo de cláusulas abusivas:

Son consideradas abusivas las cláusulas que:

a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas.

b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos.

c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor.

En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales.

d) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales.

e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando:

I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie.

II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales.

III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos.

f) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.

g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible.

h) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

- i) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta.
- j) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos.
- k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación⁸⁸.

La jurisprudencia ha dicho que “...la cláusula contractual que faculta a la empresa médica a imponer aranceles adicionales por edad resulta abusiva...” dado que, “...colisiona con el art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza a los consumidores el derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, así como de trato equitativo y digno...”⁸⁹.

4.3. Control y efectos.

El control de las cláusulas abusivas se realiza de dos maneras según el acuerdo final que persigue, quien lo lleva a cabo y el momento en que se realiza. Por un lado existe el contralor administrativo que realiza el Estado. Barocelli (2016) dice que en este lapso a los contratos se los denomina “autorizados” en virtud de que necesitan la aprobación estatal como requisito previo para ser incorporados por el proveedor al mercado y afirma que dicho examen persigue un fin preventivo. En el otro extremo y como garantía a los consumidores/adherentes aparece la inspección judicial la que puede ser de oficio o a pedido de parte. Su razón de ser es principalmente declarar nulas estipulaciones clausulares (sancionatorio) que ya se encuentran incorporadas en el contrato y en ejecución (Tambussi, 2015).

4.3.1. Control administrativo.

Señala Pérez Bustamante (2004) que el Estado es el encargado de controlar las condiciones establecidas en un contrato de consumo en ejercicio del poder de policía a los fines de garantizar la normativa protectoria del consumidor a raíz de su posición desventajosa. Más aun en los contratos de adhesión donde la parte débil contrata aceptando *in totum*.

En el derecho comparado el contralor administrativo de las cláusulas abusivas existe en varios países. Stiglitz (2005) menciona casos como el de Francia donde existe una Comisión de Cláusulas Abusivas. En Israel un Tribunal para contratos Estándar actúa como juez para estos casos y en Brasil el Código de Defesa do Consumidor también

⁸⁸ Anexo Res. 53/03.

⁸⁹ C.N. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 31-08-2010, “R., S. M. c. CEMIC”, Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

provee el control administrativo al Ministerio Público para los contratos de consumo y de adhesión.

El art. 38 de la LDC es quien pone en cabeza de la autoridad de aplicación la obligación de vigilar la no existencia de cláusulas abusivas. El art. es amplio porque la disposición rige también para contratos uniformes, generales, estandarizados, en formularios, en serie, unilaterales. Ello es así siempre que la redacción pertenezca a una sola de las partes (Barocelli, 2016). Para el caso que en el contrato aparezcan cláusulas abusivas ellos serán modificados en virtud del art. 39 de la LDC que establece:

Modificación contratos tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

Por lo tanto se puede decir que es clara la vocación preventiva de los arts. 38 y 39 de la LDC. De este modo la misión de la de la autoridad administrativa tiende a adelantarse, evitar que dichos defectos o vicios se concreten y comiencen a surtir efectos entre las partes de la relación jurídica.

El poder de policía es ratificado en distintas normativas: por ejemplo, en medicina prepaga cuando establece “Los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación”⁹⁰. O en materia de seguros “... aseguradores no podrán operar en ninguna rama de seguro sin estar expresamente autorizados...”⁹¹.

Está establecido que la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción será la autoridad de aplicación de la LDC en el orden nacional. Será concurrente con el contralor que pueden ejercer las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro de sus jurisdicciones⁹². Stiglitz (2005) menciona que la vigilancia de la autoridad de aplicación a nivel nacional proviene de:

- Oficio,
- Denuncias de particulares,
- Denuncias de asociaciones de consumidores.

Cualquiera sea la forma en que la autoridad de aplicación toma conocimiento de la existencia de cláusulas abusivas debe proceder según el art. 45 de la LDC. El cual abre

⁹⁰ Art. 8º de la ley 26.682.- Médica Prepaga.

⁹¹ Art. 23. Ley 20.091.- de Entidades de Seguros y su Control.

⁹² Art. 41 LDC (modif. por la ley 26361, art. 17).

una instancia conciliatoria ofreciendo las pruebas de las partes. Si se verifica la presencia de cláusulas leoninas durante procedimiento administrativo la autoridad de contralor notifica al proveedor de que las mismas se tienen por “no convenidas”. Al ser declaradas de este modo la autoridad de aplicación realiza un acto administrativo en virtud del poder jurisdiccional otorgado por la ley. A ello refiere Stiglitz cuando señala (2005, Apartado VII):

Deberá entenderse que la decisión consistente en tener por “no convenidas” las cláusulas abusivas y en el emplazamiento al proveedor para que notifique tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente habrá sido dictada en el marco de las potestades jurisdiccionales de la Administración, o, si se prefiere, en el ámbito del ejercicio del poder de policía, a cuyo efecto la autoridad de aplicación deberá preservar en el procedimiento administrativo el principio de bilateralidad (art. 45.4) y garantizar la posibilidad del ejercicio de un recurso judicial contra sus decisiones (art. 45.11 ley 24240).

Este poder decisorio se encuentra fundamentado por la CSJN al decir que:

Que en lo que respecta a otros agravios de la recurrente, el Tribunal no advierte que pueda haber mediado intromisión del Poder Judicial en áreas reservadas a otro poder. En efecto, la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de la separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria -tanto más en una causa de sustancia penal administrativa- puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia...⁹³

No obstante el consumidor entendiendo, aun con posterioridad, a la celebración del contrato que alguno de los términos del mismo constituye una cláusula abusiva podrá solicitar la nulidad de ella o la del contrato en sede judicial (Barocelli, 2015).

4.3.2. Control judicial.

Dice Cracogna (2012) que en el ámbito de la contratación privada los jueces encuentran limitaciones concretas de no intervenir en función de la libertad contractual⁹⁴ y en el efecto vinculante de los contratos para las partes⁹⁵. El CCCN entrega una regla general en materia contractual: los contratos no pueden ser revisados por los jueces. Sin embargo, el precepto encuentra excepciones en el mismo art. En él se establece que la intervención será posible si una de las partes lo pide, también si la revisión encuentra

⁹³ C.S.J.N., “*Elias, Jalife s/acción de amparo*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com.ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

⁹⁴ Art. 958 CCCN.

⁹⁵ Art. 959 CCCN.

autorización en virtud de la ley o si el comprometido es el orden público de manera manifiesta⁹⁶.

Ante lo explicitado puede establecerse que el rol del juez se torna fundamental frente a los abusos y las desigualdades que surgen de los contratos entre partes (Tambussi, 2015). En palabras de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial: “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...”.

Lo dicho encuentra regulación en el CCCN⁹⁷. Explícitamente autorizan al poder judicial a realizar el contralor del contenido de los contratos en materia de contratos de consumo por adhesión a cláusulas generales. Deben analizarse ambos arts. dada la combinación de estos dos institutos. El primero de los arts. para los contratos de adhesión, autoriza al juez a revisar las cláusulas abusivas aunque hayan tenido la aprobación administrativa. El otro, que refiere a contratos de consumo estipula las reglas que debe seguir la justicia para dichas cláusulas. Por otro lado “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”⁹⁸. Por lo demás lo establecido para el régimen de cláusulas abusivas en contratos de consumo es aplicable a los contratos de adhesión (Stiglitz, 2015) y las leyes especiales como la LDC⁹⁹. Dice Tambussi (2015) que lo normal es que opere el control jurisdiccional cuando la cláusula se encuentra en ejecución y afectando efectivamente la igualdad de partes.

En lo que refiere al proceso judicial la ley establece que debe hacerse por aquel que sea más abreviado y que rija en la jurisdicción del tribunal que toma competencia del caso¹⁰⁰. El espíritu de la solución del art. es la superar los obstáculos con que se encuentra el consumidor respecto al acceso de justicia (Stiglitz, 2005).

Como sujetos legitimados para promover acciones la ley argentina reconoce al afectado, al Ministerio Público y a las asociaciones de consumidores¹⁰¹. La CN¹⁰² admite

⁹⁶ Art. 960 CCCN.

⁹⁷ Arts. 989 y 1122 CCCN.

⁹⁸ Art. 1118 CCCN.

⁹⁹ Art. 1117 CCCN.

¹⁰⁰ Art. 53 LDC.

¹⁰¹ Art. 52 LDC.

¹⁰² Art. 43 CN.

además la posibilidad de promover una acción de amparo si son amenazados o violados los derechos de los consumidores (Stiglitz, 2005).

En conclusión la cláusula declarada como abusiva por un tribunal debe ser entendida como contraria a derecho.

4.3.3. Efectos de las cláusulas abusivas.

Tambussi (2015) dice que declarada como abusiva una cláusula se tendrá como no convenida. Esto no significa que sea nulo el contrato, sino que el juez podrá corregir la estipulación viciosa para mitigar sus efectos y así, salvar el negocio jurídico. Esto es así, ya que "... el objeto del mismo era el querido por el consumidor" (Tambussi, 2015, p.126). En los mismos términos se expresa Stiglitz (2005) al decir que es pacífica la doctrina y la jurisprudencia respecto a la conservación del contrato. Asimismo la legislación argentina recoge el principio de conservación contractual: la LDC establece que "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas..."¹⁰³ y "... simultáneamente lo debe integrar..."¹⁰⁴.

... mal puede hablarse de "intención común" de las partes, atento la falta de participación del adherente en la configuración interna del contrato, y entonces no es factible concluir que alguna cláusula nula sea "querida" por él, en un íntimo nexo con el resto del negocio (Stiglitz y Stiglitz, 2001. Apartado XVIII).

Esto se completa con un fallo en el que:

Por el modo de llegar al consentimiento sin discusión y por adhesión a condiciones predisuestas, el contrato es proclive o inclinado a ser inequitativo, de ahí que estas cláusulas abusivas, leoninas o usurarias ameriten la intervención, muchas veces plural: del legislador, de la autoridad administrativa y del juez de la causa¹⁰⁵.

En lo que respecta a la cláusula vejatoria el término "no convenida" para Alterini (2012) hace referencia a su inexistencia por lo que el consumidor ante la presencia de dicha estipulación no necesita accionar su eliminación. Contrario a ello Farina (2008) sostiene que el término en cuestión persigue como función su neutralización, ya que lo que se busca es que el acto jurídico vicioso comience a producir efectos o deje de producirlos.

Consecuentemente lo decisivo es resguardar la finalidad de las partes, particularmente las expectativas del consumidor. La decisión deberá fundarse en lo que resulte más favorable para la parte débil¹⁰⁶. Para ello se realizará un test confrontando la

¹⁰³ Art. 37 LDC.

¹⁰⁴ Art. 989 CCCN.

¹⁰⁵ S.T.J. de la Pcia. de Río Negro, 01-03-2006, "*Decovi s. Amparo Colectivo*". Recuperado el 07/06/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹⁰⁶ Art. 1095 CCCN.

cláusula leonina con el ordenamiento jurídico (normas constitucionales, CCCN y los principios generales como el de la buena fe) (Stiglitz, 2005).

Todo lo afirmado (Stiglitz y Stiglitz, 2001) tiene el objetivo de impedir que el empresario tenga la posibilidad de anular en forma total el contrato cuando él quiera. Afirmar lo contrario daría al estipulante un derecho en su exclusivo beneficio al tener éste la posibilidad de aniquilar un contrato que ya no le sirve, luego de haber eliminado la cláusula viciosa. El principio que impide alegar la propia torpeza resulta inaplicable ya que “pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean... aprobadas expresamente por el consumidor”¹⁰⁷. En cambio si el negocio no puede desarrollarse sin las estipulaciones abusivas o si mediante la manifestación de la voluntad de las partes se infiere que el negocio no quiso celebrarse el juez deberá anularlo completamente (Tambussi, 2015).

4.3.3.1. Integración del contrato.

Para el caso de que el tribunal indique la nulidad parcial de un contrato deberá ser integrado simultáneamente por aquel¹⁰⁸. Barocelli (2016) indica que la integración debe apuntar a restituir el equilibrio alterado, la obtención de las partes del fin económico que perseguían al momento de contratar. El juez debe colocarse en la posición del adherente a los fines de dilucidar su intención y sin perder lo que es lo más favorable para el consumidor.

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;
- e) 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 irrazonable¹⁰⁹.

Dice Kitainik (2014) en el análisis del art. reproducido ut-supra que la finalidad es asegurar la vigencia y preeminencia de las normas indisponibles. Respecto a las normas supletorias deberá remitirse el lector a todo lo dicho en el presente trabajo en lo referente a las leyes especiales. Por último y en relación al inc. c. el art. menciona a la costumbre como forma de integración contractual con la aclaración que el lugar es de celebración y no de ejecución, como disponía el CCom. De todas formas, el principio de

¹⁰⁷ Art. 1118 CCCN.

¹⁰⁸ En virtud de los arts. 989, 1122, inc. c. CCCN y 37 LDC.

¹⁰⁹ Art. 964 CCCN.

razonabilidad¹¹⁰ debe actuar como termómetro para el caso particular que debe resolver el tribunal.

4.4. Conclusión.

La cláusula abusiva es la que contraria al principio de buena fe en particular y al ordenamiento jurídico en general. La ley apunta a salvar el negocio jurídico, en los casos que sea posible. De allí que la primera misión del juez sea integrar el contrato e impedir que el empresario tenga la posibilidad de anularlo en forma total cuando él quiera. Así el sistema argentino estipula un control preventivo o administrativo que se encuentra en manos del Estado y uno represivo o judicial a cargo de los tribunales nacionales.

En definitiva, lo importante es que jamás puede alegarse intención común de partes cuando una de ellas no participa en la redacción del contrato. Es posible concluir que una cláusula viciosa nunca puede tomarse como querida por el adherente (Stiglitz y Stiglitz, 2001).

Capítulo 5: Cláusulas abusivas en particular.

5.1. Introducción.

Los abusos contractuales tienen distintos modos de manifestarse en los contratos. Lo común en materia de consumo por adhesión es que siempre acatan el principio de la buena fe y deben interpretarse en contra del estipulante a los fines de poner freno a dichos abusos. Un tribunal entendió que ante la redacción unilateral del contrato rige la interpretación más favorable para el consumidor/adherente en función de la buena fe contractual del art. 1198 del CC¹¹¹, a los fines de contrarrestar los abusos¹¹².

Sin embargo y aun ante lo señalado es trascendental aclarar que pueden aparecer nuevas manifestaciones de cláusulas abusivas configurando nuevos casos porque es inagotable e ilimitado el mundo que las integra. Conjuntamente cada cláusula tiene un significado diferente de acuerdo al tipo de contrato en la que está integrada y sujeta según la finalidad de las partes y la ley aplicable.

En este capítulo se desarrollan las más conocidas. A modo de ejemplo citaré: la cláusula de modificación unilateral del contenido, la garantía de cumplimiento abusiva, el derecho de retención y pérdida de las sumas abonadas; la cláusula limitativa de la responsabilidad, la limitación de los plazos de prescripción, las cláusulas que imponen

¹¹⁰ Art. 3 CCCN.

¹¹¹ Hoy 961 y 1061 CCCN.

¹¹² CN. Civ., sala L, 25-6-2007, “*Huerta María V y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios*”, L.L. 2007-E-433.

inversión de la carga probatoria, la cláusula que impone plazos de caducidad, la cláusula facultativa para la interpretación del contrato o la cláusula de prórroga de jurisdicción.

5.2. Cláusula de modificación unilateral del contenido.

Está establecido que si en los contratos de consumo por adhesión la regla es que la modificación unilateral del contenido del contrato o de alguna de sus cláusulas es abusiva acarrea la nulidad parcial del mismo, según Lorenzetti (2009). Por otro lado los avances tecnológicos o los de tracto sucesivo (como en la medicina prepaga) pueden determinar cambios (ejemplo, mayores gastos) para el empresario por lo cual no puede haber inmutabilidad absoluta de prestaciones.

Por otro lado es claro que no puede haber inmutabilidad absoluta de prestaciones ya que los avances tecnológicos o los de tracto sucesivo (como el de la medicina prepaga) pueden determinar cambios (como por ejemplo mayores gastos) para el empresario lo que necesariamente hará necesario realizar modificaciones en las cláusulas del contrato¹¹³. No obstante, plantea Lorenzetti (2009) deben ser ejercida dentro de ciertos límites. Deberá analizarse en el caso concreto. Lo que debe primar al valorar el caso particular es que jamás deber empeorar la situación del adherente sino que debe primar la interpretación más favorable para el consumidor como se estableció la justicia¹¹⁴.

En otra decisión jurisprudencial se declaró abusiva la estipulación contractual que otorgaba la facultad a una empresa de medicina prepaga "... en tanto no se acreditó que al momento de concertarse la relación contractual se le hubiera informado que ese incremento tendría lugar, siendo que se trataba de una circunstancia claramente previsible"¹¹⁵. Viel Temperley (2015) en análisis de un fallo concluye que cualquier estipulación dentro del contrato que autorice al proveedor a variar precios de servicio en forma inconsulta resulta inaplicable por abusiva. Lo relevante, refuerza el argumento Lorenzetti (2009), es que no cuentan con el consentimiento del adherente y además en su perjuicio¹¹⁶.

En otro fallo sobre el mismo tema se concluyó que la cláusula que autoriza al estipulante a variar el precio en forma unilateral es una estipulación indirecta de extinción.

¹¹³ C.N. Apel. Com., sala C, 14-12-2010, "*Healy, Jaime Miguel c. Vansal S.A. (U.A.I. Salud)*". Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹¹⁴ C.N. Apel. Civ., sala L, 25-06-2001, "*Militello, Vicente S. c. Centro Integral Médico y otro*". Recuperado el 10/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹¹⁵ C.N. Apel. Com., sala A, 04-08-2011, "*Cilla, Néstor Reinaldo c. Galeno Argentina S.A. s/ Sumarísimo*". Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹¹⁶ Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala II, 03-03-2004, "*Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires*". Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

El particular, en grave estado de salud está obligado a aceptar los incrementos o la extinción del vínculo contractual¹¹⁷. Sobre el fallo Rosales (2006, Aparatado IV) afirmó que “la modificación de uno de los elementos principales de la contratación (el precio) tomada por la parte más fuerte en la misma, implica sin duda la traslación abusiva de riesgos el afiliado...”, en el momento de la vida en que este necesita cobertura.

5.3. Cláusula de renuncia de los derechos del consumidor.

La cuestión de conformidad al CCCN deberá leerse así: “... se deben tener por no escritas...”: “b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente...”¹¹⁸.

Previo al análisis de la temática es propicio hacer algunas aclaraciones previas. Dice Stiglitz y Stiglitz (2001) que el ordenamiento jurídico reconoce jerarquías en la reglamentación de contratos. En la cúspide se encuentran las normas imperativas, posteriormente le suceden los preceptos privados y a ellas las dispositivas. Esta última es la que admite la voluntad de las partes y es limitada por la norma imperativa, de orden superior y que tiene un objetivo diferente: el bien general o común. Claro está que ante la colación de las imperativas con las dispositivas se resuelve a favor de la primera. La cuestión central es saber diferenciar las unas de las otras. Criterio que sigue el Código Unificado en materia de contratos de consumo por adhesión al acentuar el régimen tuitivo del art. 42 de la CN.

Para ello Stiglitz y Stiglitz (2001) nos proveen de criterios para identificar a las normas imperativas y a las dispositivas:

- A través de los principios generales como primera medida,
- Como segunda opción realizar un análisis gramatical de la norma: la normativa que admita el pacto en contrario será dispositiva. De lo contrario, será imperativa,
- Luego procede el análisis funcional, es decir, las imperativas regulan todo lo relacionado a la estructura del contrato (objeto, legitimidad para contratar, solemnidades, etc.),
- Agotadas todas ellas será la autonomía de la voluntad, las limitaciones que impone la ley, el orden público, las buenas costumbres y el abuso del derecho quienes guíen la cuestión.

Es común en estos contratos que el predisponente al momento de redactar el contrato incluya cláusulas de renuncia de derechos que el ordenamiento jurídico le otorga

¹¹⁷ C.N. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 31-08-2010, “*R., S. M. c. CEMIC*”, Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹¹⁸ Art. 988 CCCN.

al adherente. Lo fundamental de este orden jerárquico de normas contractuales “...consiste en bloquear la posibilidad que, a través de cláusulas predispuestas, se fortalezca inequitativamente la posición contractual del empresario sacrificando el polo débil del vínculo negocial” (Stiglitz y Stiglitz 2001, Apartado VIII).

Veamos esto en palabras de la justicia: “... cualquier renuncia de derechos impuesta en el contrato de apertura de la cuenta corriente bancaria o en el contrato de tarjeta de crédito que implique la renuncia a derechos derivados de la ley que regula esta última materia...” configura “... una cláusula nula por aceptar una renuncia de derechos indisponibles”¹¹⁹.

Por todo se concluye que los derechos de los consumidores son de orden público. Es decir son irrenunciables y cualquier estipulación en contrario debe reputarse como abusiva (Barocelli, 2016).

5.4. Cláusula de prórroga de jurisdicción.

La prórroga de la jurisdicción es un pacto “extraprocesal” en el que la ley otorga a las partes la facultad para constituir competencia territorial en caso de eventual conflicto de partes a un determinado órgano jurisdiccional que carece de la misma (Díaz Critelli, 2004). En la obra el citado autor (2004) realiza un fallo de la Corte Suprema de Tucumán donde se generó un conflicto respecto a una cláusula de prórroga de jurisdicción en un contrato de adhesión (pero no de consumo). Se sostuvo que si del contenido contractual surge una cláusula (introducida por el predisponente) que tiene como único objetivo el de obtener una posición favorable en la relación contractual de manera inequitativa (en desmedro del adherente) debe ser declarada abusiva.

Es importante aclarar que si bien el fallo sostuvo la validez de la prórroga de la competencia introduce importantes lineamientos para identificar la abusividad o no de la misma:

La sola circunstancia de que la cláusula de prórroga de jurisdicción esté incorporada a un contrato de adhesión (como lo califica el tribunal de alzada) no es suficiente para desvirtuar su eficacia pues se trata de una declaración de voluntad común ejercida dentro del marco de la ley (y, por ende, constituye el ejercicio regular de un derecho propio) y sujeta a las directivas del art. 1198 CC. Que el convenio contenga cláusulas predispuestas no determina sin más la nulidad de éstas si no concurren vicios de la voluntad del contratante que las acepta ni se lesionan preceptos o principios generales del derecho. En el caso, se trata de la competencia territorial, indudablemente “prorrogable”; se ha articulado y sustanciado la excepción de incompetencia; se ha ofrecido pruebas y se ha tomado una decisión. Del trámite sustanciado no surge en

¹¹⁹ C.N. Apel. Com., sala C, 17-06-2009, “*Banco Itaú Buen Ayre c. Cisco, Hugo Orlando*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

esta etapa del proceso -a la cual hay que atenerse- vicio o circunstancia invalidante de la cláusula de prórroga de jurisdicción¹²⁰.

En materia de consumo la determinación de la jurisdicción hace a las reales posibilidades de defensa en juicio y justicia. “En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro” (Tambussi, 2015, p.107).

Así lo establece el CCCN¹²¹:

Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

Este tipo de cláusulas, mientras perjudiquen a la parte débil en el acceso a la justicia deben caratularse como abusivas en términos de la Res. 53/03 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. Así lo dispuso un tribunal al establecer que atenta contra la directiva del art. 36 de LDC la cláusula de prórroga de jurisdicción distinta del domicilio del adherente¹²². Es acertada la precisión de Barocelli (2016) al sostener que estas son acabados ejemplos de la desnaturalización de las obligaciones.

A su vez el CCCN en el antes analizado art. fija como jurisdicción al lugar donde el consumidor “... recibió o debió recibir la prestación”¹²³ y que debe tenerse por no escrita toda disposición contractual que modifique esto. Tambussi (2015) señala que el art. se refiere al domicilio real del adherente/consumidor o el que éste haya señalado. Situación, que la propia norma de tutela condena.

Otro fallo declaró nula la prórroga jurisdiccional en un contrato de adhesión para la compra de una vivienda pues el estipulante obrando de mala fe tornó “... dificultoso y

¹²⁰ C.S.J.N., de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 17-11-2003, “*Distribuidora Coronel S.R.L. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹²¹ Art. 2654 CCCN.

¹²² C.N. Apel. Com., sala A, 29-06-2010, “*Plan Ovalo SA de Ahorro s/ Fines Determinados c. Bickham, Guillermo Jesús*”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹²³ Art. 1119 CCCN.

oneroso que se le reclame a él por un incumplimiento suyo o por un daño que él causare a su cocontratante”¹²⁴.

Concluyendo estas estipulaciones son violatorias de la defensa en juicio como estableció la justicia en otro caso¹²⁵.

5.5. Derecho de retención y pérdida de las sumas abonadas.

El CCCN autoriza al acreedor de una obligación exigible y cierta a conservar la cosa que debe restituir al deudor en su poder hasta que este efectivice lo que le adeuda en razón de dicha cosa¹²⁶. No se requiere autorización judicial para el ejercicio del derecho de retención¹²⁷.

Así es claro que el instituto del derecho de retención está establecido en la unificación como también lo era en el Código de Vélez¹²⁸. Es muy utilizado como garantía de cumplimiento y su ejercicio, en el marco de un contrato discrecional, no admite planteos u obstáculos en principio. También es de uso frecuente para el campo de las relaciones de consumo por adhesión. En él, el consumidor, compra un producto o servicio y en el caso de no pagar alguna cuota pierde lo abonado (Lorenzetti, 2009).

El citado autor (2009) señala que en esta situación se encubre bajo la figura de la retención un pacto comisorio¹²⁹ abusivo, sin darle al consumidor un derecho equivalente.

5.6. Limitación a la responsabilidad por daños.

En estos casos la parte predisponente incorpora en el contrato limitaciones de forma parcial o total de su responsabilidad en caso de que el producto o servicio (objeto de la prestación) produzca algún daño al consumidor o su entorno. Se anticipa así a las posibles consecuencias patrimoniales por las que debe responder eximiendo o limitando su responsabilidad (Barocelli, 2016).

Por su parte, Lorenzetti (2009) la define como “cláusula de la irresponsabilidad” y genera un desinterés por el empresario en el deber de cuidado. Permitir que integren el contrato sería atentar contra todo el ordenamiento jurídico en materia de daños. Por su parte la conducta del consumidor es la de aceptarlas por su inexistente poder de negociación. El adherente “... prefiere tarifas bajas pensando que todo irá bien... hay un

¹²⁴ Cám. de Apel. de Trelew, sala A, 20-06-2008, “*Hubert, M. N. c. M., J. R.*”, Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹²⁵ Cám. Apel. Civ y Com. De Mar del Plata, sala II, 20-11-97, “*Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre.*” Recuperado el 07/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹²⁶ Art. 2587 CCCN.

¹²⁷ Art. 2589 CCCN.

¹²⁸ Art. 3939 CC.

¹²⁹ Art. 1204 CCCN.

déficit de previsión basado en la confianza...” (Lorenzetti, 2009, p. 323) hacia el proveedor.

Se aplica tanto a cuestiones vinculadas a la prevención del daño, a su reparación, ya sea por incumplimiento en general (art. 10 bis de la LDC), del deber de seguridad (arts. 5° y 6° de la LDC), o por daños de vicio o riesgo de la cosa (art. 40 de la LDC), ya sea en sede administrativa (art. 40 bis de la LDC) o judicial (art. 52 de la LDC), como a la potestad punitiva (art. 52 bis de la LDC) (Barocelli, 2016, Apartado V).

Dice el autor (2016) que son abusivas las cláusulas que:

- Limitaciones en los sujetos que deben responder en forma concurrente, eliminando eximir a alguno/s de ellos,
- Limitaciones cuantitativas, es decir, de topes en materia de indemnización,
- Limitaciones o exclusión de alguno/s rubros indemnizatorios. Atentan contra la reparación integral,
- Las que limitan la obligación del proveedor derivado del factor objeto de responsabilidad,

Es usual este tipo de estipulaciones en contratos de seguro donde se limita la responsabilidad hasta un límite previsto en el contrato. Son abusivas en consideración de la LDC (Lorenzetti, 2009). Todo lo aquí dicho se encuentra expresamente regulado art. 37 de la LDC¹³⁰ en sintonía con la Res. De Defensa del Consumidor de la Secretaría de Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor¹³¹.

En un caso de robo de una caja fuerte la compañía aseguradora decidió no cubrir al asegurado haciendo valer una cláusula del contrato de seguro que establecía una limitación de la responsabilidad. La actora demandó a la empresa por el pago de la indemnización prevista en el mencionado contrato, obteniendo sentencia favorable en segunda instancia. El tribunal que hizo lugar a la demanda destacó:

La inteligencia de esa regla no puede ser otra tratándose de una causal de exoneración de responsabilidad que, como tal, ha de ser de interpretación restrictiva. En este sentido, señala Donati que "la carga de la prueba de los hechos impeditivos o extintivos de una obligación incumbe a quien intenta hacerlos valer, es decir, el asegurador" (Donati, Antígono, "Los seguros privados", trad. de Arturo V. Solá, Bosch, Barcelona, 1960, p. 293).

Esa prueba no ha sido producida en autos¹³².

¹³⁰ Art. 37, inc. a LDC.

¹³¹ Art. 5, inc.g Res. 53/03.

¹³² Cám. Nacional de Apel. en lo Com., sala C, "Prenfin S.A. v. Mapfre Aconcagua Compañía de Seguros S.A.". Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>.

5.7. Cláusulas que imponen la inversión de la carga probatoria.

En el CCCN regula las funciones de prevención¹³³ y la resarcitoria¹³⁴ en lo que respecta a responsabilidad civil. Al producirse un daño en el usuario o consumidor se activa la función última (resarcitoria) (De los Santos, 2016). Ante esa posibilidad el empresario inserta en el contenido del contrato condiciones generales en las que se establece que será responsable solo si el adherente así lo demuestra (Farina, 2008).

No obstante en virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba¹³⁵, de los usos y costumbres y de la responsabilidad objetiva se crean en contra del estipulante presunciones “*iuris tantum*” por lo que deberá ser este último el encargado de probar ante un conflicto de partes (Farina, 2008).

El significado de la prohibición de la cláusula es el siguiente:

- Hay una serie de Derecho Procesal y sustantivo que distribuyen la carga probatoria;
- Esas reglas en algunos casos favorecen al consumidor;
- No se pueden alterar convencionalmente estos principios, derogando esas reglas probatorias perjudicando al consumidor, dificultando su derecho de probar (Lorenzetti, 2009, p.328).

En mérito a las consideraciones precedentes la alegación de la aseguradora y su productor, de haber adoptado con el actor una modalidad de contratación y renovación del seguro con requerimiento formal de una propuesta escrita y documentada de éste, por sobre la costumbre y práctica generalizada que la omite –no cuestionada-, los obligaba a probar todas las circunstancias corroborantes de esta alegación no solo porque corresponde a cada parte la prueba de los extremos de hecho sobre los que asienta su pretensión o defensa, sino porque además, conforme a lo dispuesto en el art. 53 tercer párrafo de la Ln 24.240, es el proveedor quien se encuentra obligado a aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio¹³⁶.

5.8. Cláusula facultativa de interpretación del contrato.

Estamos ante una situación grave cuando en los contratos predisuestos y de consumo existe una cláusula donde el empresario se atribuye la exclusiva interpretación contractual para casos de duda (Lorenzetti, 2009). Aquí rige la normativa del CCCN que establece que para casos de ambigüedad¹³⁷. Es decir, no es la autonomía de la voluntad

¹³³ Art. 1710 y siguientes CCCN.

¹³⁴ Art.1716 y siguientes CCCN.

¹³⁵ Art. 37 LDC.

¹³⁶ Cám. 5ª Apel. Civ. y Com. de Cba., 15-09-2015. “*Guiérrez Ferraris, Javier c. Liberty Seguros Argentina S.A y Otro s/ Ordinario – Otros – Recurso de apelación*”. Recuperado el 06/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹³⁷ Art. 987 CCCN.

de las partes sino el régimen tuitivo de orden público es que prevalece y que establece que deben interpretarse en contra del estipulante.

Por lo tanto serán inaceptables y contrarias a derecho este tipo de cláusulas.

Los contratos de medicina prepaga constituyen una figura contractual “de adhesión” y de “consumo” dada la prestación existente entre la empresa y el destinatario. Por ello resultan aplicables las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor que establecen que, por un lado, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y, por el otro, en aquellos casos que existan dudas sobre los alcances de la obligación del consumidor, se estará a la que sea menos gravosa. Esta protección supone que dentro de la relación contractual existe un desequilibrio entre las partes contratantes, que en el caso está dado por la superioridad negocial del predisponente, empresario, quien establece el contenido del contrato de tal modo que el consumidor, en caso de decidir celebrar el negocio, sólo puede optar por adherir. En este marco, los contratos de medicina prepaga, deben ser interpretados claramente en el sentido favorable a la conservación del acuerdo y a los derechos del consumidor¹³⁸.

5.9. Conclusión.

A modo de análisis final del capítulo es importante señalar que pese a toda la arquitectura jurídica que se encuentra vigente a los fines de evitar inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, sumado al fuerte régimen tuitivo de orden público los consumidores y usuarios siguen siendo víctimas de abusos por parte de las empresas.

Por desdano, por falta de conocimiento o por obstáculos económicos muchos consumidores se someten a ellas sin protesta.

Conclusión final.

En los comienzos de este trabajo se hizo reseña a la evolución de los contratos hasta llegar a la posición unánime actual que postula a este como un acuerdo de voluntades. Así contratar supone un acuerdo común entre voluntades para crear relaciones jurídicas que posibiliten satisfacer una carencia. A ello debemos agregar que existe la regla de la libertad para contratar en función del principio de la autonomía de las partes (delimitado por el Estado en razones de orden público, la moral, las buenas costumbres y de las leyes vigentes).

Ante la necesidad de la oferta y la demanda es claro el panorama en los contratos discrecionales. El problema surgió con la aparición de los contratos de adhesión, aquellos en los que una de las partes -proveedor, empresario, profesional, predisponente- dispone el contenido del contrato en forma anticipada de tal modo que si la otra decide contratar

¹³⁸ Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala I, 20-12-2007, “Hospital Británico de Buenos Aires c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”. Recuperado el 15/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

debe hacerlo sobre ellas. Existe una restricción a la libertad contractual en perjuicio del adherente (Stiglitz, 2015).

Todo esto ha propiciado que surgieran nuevos interrogantes producto de la realidad negocial. Contratar negociando constituye una excepción. Esta nueva modalidad masiva es bajo cláusulas predispuestas, contratos preredactados, en formularios, o similares donde una de las partes (estipulante) redacta los términos del mismo y a la otra (adherente) solo le queda aceptarlas o no negociar. Este modo de concretar operaciones en el mundo moderno se ha transformado en la regla.

En función de esta nueva manera de operar es que surgen interrogantes. Así una de las grandes cuestiones que aparece es sobre la naturaleza jurídica de esta herramienta creada para el intercambio de bienes o servicios. Tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manifestando que constituyen verdaderos contratos. Esta fue la inteligencia que siguió la Unificación al incluirlo como tales dentro de la categoría indicada. También y con mayor discusión el mundo del derecho comenzó a preguntarse sobre si existía aquí verdaderamente una real manifestación del consentimiento por parte del adherente. Es elemental recordar que para configurarse el contrato (acto jurídico) es imperioso que exista discernimiento, intención y libertad de todas las partes que participan en él. Para responder a esta indagación fue necesaria una actualización del concepto de autonomía de voluntad para los contratos de adhesión. No solo requiere libertad y conciencia de los sujetos intervinientes, sino que también supone un correcto alineamiento con el ordenamiento jurídico. Por ello es que cualquier estipulación abusiva se tendrá por no convenida porque desnaturaliza la verdadera intención de las partes. El consentimiento debe ser pleno. De esto modo la mala fe contractual de quien ostenta la posición dominante activa los resortes del Estado para proteger a quien es víctima de dichas conductas antijurídicas.

Puede establecerse que el principio de la buena fe se mantiene vigente a pesar de los cambios que el mercado ha introducido en las relaciones mercantiles para establecer cuando una disposición o cláusula es abusiva. Esta perspectiva ha sido recogida por el CCCN actualizando y subsanado varias lagunas y contradicciones de la legislación especial. Lo trascendente es que dota de mayores herramientas al régimen tuitivo de raigambre constitucional.

En otro tiempo los contratos de adhesión se encontraron regulados en la LDC¹³⁹ pero únicamente para las relaciones de consumo. Mientras que la ley especial no estableció un concepto de la nueva modalidad contractual surgida en las sociedades en las que impera el capitalismo y el libre comercio. Esta situación fue subsanada por la Unificación que regula a los contratos de adhesión separándolos de los de consumo. Aunque también puede usarse la figura para regular relaciones contractuales entre empresarios.

No obstante en la mayoría de los casos se utilizan los contratos con cláusulas predispuestas para entablar relaciones de consumo. De este modo se conforma el contrato sobre la unión de dos figuras diferentes: los contratos de consumo y los de adhesión. Consecuentemente el régimen legal se amplía: a las disposiciones aplicables para la figura de la adhesión se le añaden las de consumo del CCCN, las leyes especiales y el art. 42 de la Carta Magna.

Entablada la relación jurídica de consumo, el sistema jurídico, reacciona bajo una presunción: esa relación nace de una desigualdad de partes (Arazi, 2015). Esto significa que el CCCN modifica la visión tuitiva contractualista que existía en el Código de Vélez por una humanista al incluirse el hecho jurídico o unilateral como formador de relaciones jurídicas. Se amplía la protección consumeril de la ley. En palabras de (Arias Cáu, 2013, Apartado II.3) “... se ha pasado del acto de consumo al hecho de consumo, entendido como relación de consumo en sentido amplio”.

Como contracara el CCCN fue aprobado con la supresión de institutos que mejoran la defensa de los consumidores ante los abusos de los empresarios. En la práctica se advierte una aplicación restringida¹⁴⁰ en torno a la legitimación activa de asociaciones que defienden los intereses de los consumidores¹⁴¹. Contrariando al criterio de la CSJN en el fallo “Halabi”¹⁴² y dejando la cuestión en manos del criterio del juez de la causa lo que genera incertidumbre. Al respecto dice Vázquez Ferreyra (2016, Apartado II): “De hecho, han pasado años desde el dictado del Fallo Halabi, y sin embargo no tenemos aún

¹³⁹ Art. 38 LDC.

¹⁴⁰ Son ejemplo de ello lo resuelto por la justicia en: C.N. Apel. Com., sala C, 04/12/2012, “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/ Su Defensa v. HSBC La Buenos Aires*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>; C.N. Apel. Com, sala A, 18/10/2012, in re “*Adecua c. Citibank N.A. y otro s. ordinario*”. Recuperado el 13/01/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

¹⁴¹ Art. 43 CN.

¹⁴² C.S.J.N., 24-02-2009, “*Halabi, E. C. P.E.N.*”. Recuperado el 13/02/17 de <http://www.saij.gob.ar>. En el mismo sentido la justicia reguló la cuestión en el fallo C.S.J.N., 21/08/2013, “*Padec c. Swiss Medical S.A.*”. Recuperado el 15/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

una ley local ni nacional que regule las acciones colectivas” lo que “... resulta no sólo contraproducente sino que debe ser firmemente cuestionada por introducir reparos o vallas al derecho de los justiciables” (Arias Cáu, 2013, Apartado IV.2.1).

Además Arias Cáu (2013) indica que al eliminar el apartado que contenía la regulación de los derechos de incidencia colectiva dejó vacía la garantía de la multa civil, legislada en la ley especial¹⁴³. Señala el mismo autor (2013) que la reducción del término de la prescripción liberatoria - a cinco años¹⁴⁴ - modifica el del art. 50 de la LDC - 3 años - por lo que “... se elimina la regulación específica de la prescripción liberatoria en materia de acciones judiciales con sustento en el derecho de defensa del consumidor” (Arias Cáu, 2013, Apartado IV.2.3).

Por otro lado Galdós (2014) opina que, pese a los logros conseguidos con la sanción de la Unificación, se dejó pasar una gran oportunidad al suprimirse la función punitiva que contemplaba el Anteproyecto de Reforma de 2012. La Comisión abocada a tal fin establecía una concepción tripartita de la responsabilidad civil (prevención, punición y resarcimiento). No obstante ello aclara:

En el régimen microsistémico del consumo se prevé expresamente la concurrencia de tres funciones: la prevención, el resarcimiento (arts. 5, 6, 8 bis, 40, 40 bis, 41, 45, 52, 53, 54, 55, 58) y el daño punitivo (o sanción pecuniaria disuasiva). El arts. 52 bis establece: "Daño Punitivo... (Galdós, 2014, Apartado II).

Queda mucho por hacer en resguardo del consumidor y en pos de terminar con el desequilibrio de partes. En mi opinión la educación a los consumidores y usuarios, la multiplicación de entes administrativos municipales conciliadores y la creación de tribunales especializados en materia de consumo es hacia donde apuntarse para la estabilidad del sistema. Educar y disponer de oficinas mediadoras permitiría personalizar el contacto con los problemas del vecino que consume y evitar la litigiosidad. Sobre esto último Arias Cáu (2013) acierta al afirmar que la pretensión del consumidor pasa por la solución de su problema y no por someterse a un juicio, del que no conoce su resultado.

Realizar campañas de educación en escuelas primarias y secundarios, en centros vecinales en un programa conjunto entre los municipios, la provincia y el gobierno nacional como herramienta de formación y capacitación de consumidores y usuarios aportarían a disminuir los conflictos provenientes de los abusos y las diferencias de poderío entre profano (consumidor/adherente) y experto (estipulante/empresario). Claro

¹⁴³ Art. 52 bis LDC.

¹⁴⁴ Art. 2560 CCCN.

está no existe en el Estado (en sus diferentes niveles) políticas de este tipo, que por otra parte incumplen la ley ya que la autoridad de aplicación debe ocuparse de la educación del consumidor en todos los niveles educativos¹⁴⁵. En estos términos y en posición a la que adhiero se expresa Stiglitz (2014): “Las únicas involuciones, precisamente, no suelen provenir del Derecho, sino de la ausencia de políticas de gobierno en defensa del consumidor: controles preventivos, educación, divulgación pública, etc”.

De esta manera, puede decirse que todos estos institutos dejados de lado en la Unificación atentan con contra el trato digno, entendido como el derecho a no sufrir por parte del mercado discriminación, menoscabo o arbitrariedades de los derechos esenciales del ser humano. La inclusión de todas estas herramientas protectorias le hubiese evitado al consumidor sacrificar su dignidad para obtener bienes y servicios que necesita para su satisfacción.

No obstante es posible concluir que el CCCN mejoró la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. Así lo expresa Stiglitz (2014, Apartado II):

En efecto, las normas sobre defensa del consumidor, que se añaden a través del nuevo Código (contratos de consumo, etc.), mejoran notoriamente el sistema de protección jurídica.

En particular, regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas..., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240 (y que no fueron abordadas por la modificatoria 26.361).

¹⁴⁵ Art. 60 LDC.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Alferillo, P. E. (2009). La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Alterini, A. (2012). *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Aparicio, J.M., Azpiri, J.O., Barreira Delfino, E., Berbere Delgado, J., Borghi, R., Calleja, M., Camerini, M., Carranza Caceres, C.A., Compagnucci de Caso R., Cossari, L., Danesi, C., Feldman, P., Fissore, D., Formaro, J.J., Hersalis, M.J., Hiralde Vega, G., Kitainik, N., Laje, A., Luini, S., Massot, R., Pagano, L., Pagés, H., Popritkin, A., Ragoni, L., Ramírez Bosco, L., Tambussi, C.E. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. T. 1 y 2. Buenos Aires: Hammurabi.

Arazi, R. (2015). Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial. Recuperado el 11/12/2016 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Arias Cáu, E. J. (2013). La defensa del consumidor: pasado, presente y futuro a la luz del Proyecto de Código Civil 2012. [*Versión electrónica*], 1-14.

Barbón Lacambra, J. A. (2016). La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial. Recuperado el 21/03/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Barocelli, S. S. (2015). Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. Recuperado el 5/1/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Barocelli, S. S. (2016). La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial. Recuperado el 1/1/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Bidart Campos, G.J. (1978). *Manual de Derecho Constitucional Argentino* (6º Ed.) Buenos Aires: Ediar.

Caramelo, G. (2015). La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 21/03/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Carnota, W.F. (2015). El despliegue del art. 42 de la Constitución Nacional. Recuperado el 7/11/16 de: www.infojus.gov.ar

Compiani, M.F. (2015). El contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas. Recuperado el 11/12/2016 de <http://www.nuevocodigocivil.com>

Condomí, A.M. (2015). Primeros pasos en el derecho del consumo. Duodécima parte (nexo entre los arts. 41, 42 y 43, de la constitución nacional). Recuperado el 7/11/16 de: www.infojus.gov.ar

Córdoba, M. M. (2016). La buena fe positivizada como principio general del derecho.

Cracogna, D. (2012). Contratos por adhesión. Recuperado el 17/1/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

De los Santos, M. A. (2016). Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur Bahía Blanca (1985). X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-14-X-Jornadas-1985.pdf>

Díaz Critelli, (2004). La prórroga de la jurisdicción pactada en contratos de adhesión o predispuestos en la jurisprudencia de Tucumán. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Estigarribia Bieber M.L. (2003). Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina. <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-036.pdf>

Farina, J. M. (2008). *Defensa del consumidor y del usuario* (4ª Ed.). Buenos Aires: Astrea.

Freytes, A. E. (2013). El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y clasificación. Recuperado el 21/03/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Galdós, J. M. (2014). Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 27/02/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Gherzi, C. A. (2016). Los contratantes del Código Civil y Comercial. Recuperado el 12/10/2016 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Gherzi, C.A. y Weingarten, C. (2010). Principios esenciales en la prestación de servicios masivos. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Grover Dorado, J. (2016). Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino. Recuperado el 26/10/2016 de <http://www.saij.gob.ar/john-grover-dorado-contratos-electronicos-consumo-derecho-argentino>

Ibáñez, C. M. (2016). Extinción unilateral del contrato. Recuperado el 17/1/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Juanes, N. (2011). Los arts. 10, 10 bis y 10 ter de la ley 24.240, textos según la reforma de la ley 26.361. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 385-430). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Jurio, M. L., Parra, R. A. (2015). El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 21/03/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Kemelmajer de Carlucci, A. (1998). *La Buena Fe en la ejecución de los contratos*. Tomo 18. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Argentina, Santa Fe. Ed. Rubinza.

López Alfonsín, M. (2012). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Astrea.

Lorenzetti, R. L. (2009). *Consumidores* (2ª Ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R.L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://goo.gl/ZTwfYu>

Manóvil, R. M. (2016). Contratos por adhesión en el Código Civil y Comercial: algunos comentarios. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Morello, A., Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A. (1991). *Información al consumidor y contenido del contrato. Derecho del Consumidor N° 1*. Santa Fe: Juris.

Mosset Iturraspe, J. (1996). *Introducción al Derecho del Consumidor*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Ossola, F.A. (2011). El trato digno y equitativo al consumidor. Un problema lamentablemente cotidiano. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 193-250). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Pérez Bustamante, L. (2004). “El régimen jurídico de las cláusulas abusivas”, Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>.

Picasso, S. y Luis r. J. Sáenz, L.R.J. (2014). El nuevo proceso de consumo Hacia una mejora de la tutela judicial efectiva del consumidor. Recuperado el 7/11/16 de: www.infojus.gov.ar

Puga, M. (2011). El orden público en el derecho de consumo. Como se aplica. Como se invoca. Como se razona. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 71-123). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Rezzónico, J. C. (2004). “Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones”, L.L. 1983-B, 998.

Rezzónico, L. M. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas: Condiciones negociales generales*. Buenos Aires: Astrea.

Rezzónico, L. M. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.

Rosales, P. O. (2006). La arbitrariedad de los aumentos de cuota de medicina prepaga por razones de edad. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Sagues, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. (2 ed.). Argentina, Buenos Aires. Ed. Astrea.

Stiglitz, G. (2011). Ley 24.240. Críticas a las reformas.: resarcimiento en sede administrativa. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 465-480). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Stiglitz, G. A. (2014). La Defensa del Consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 27/02/2017 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Stiglitz, G. A., Stiglitz, R. S. (2001). Control de las cláusulas predispuestas. (Su régimen en el Proyecto de Unificación Legislación Civil y Comercial). Recuperado el 13/8/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Stiglitz, R. S. (2005). Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Recuperado el 5/11/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Stiglitz, R. S. (2012). La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Stiglitz, R. S. (2015). Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas.

Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Tambussi, C. E. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos de consumo* (1ª Reimpresión). Buenos Aires: Hammurabi.

Tinti, G. P. (1986). El contrato de adhesión en la Ley de Defensa del Consumidor [*Versión electrónica*], *Contratos por adhesión*, 1-6.

Valicenti, E. (2016). Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones. Recuperado el 7/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Vallespinos, C.G. (2011). El principio de prevención en la posmodernidad. Sus implicancias en el derecho del consumo. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 125-152). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, C.G., Martini, L.J. (2011). El problema de la integración de las normas de la ley de defensa del consumidor con las disposiciones del Código Civil: la garantía legal del art. 11, LDC. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 431-464). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, C.G., Martini, L.J. (2011). Los problemas de la oferta y el trato digno en el derecho de los consumidores. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 345-384). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, C.G., Ossola, F.A. (2011). ¿Qué se debe informar al consumidor? El problema de la determinación del objeto de la obligación de informar. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 279-344). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, C.G., Ossola, F.A. (2011). La obligación de informar del proveedor en la relación de consumo. Caracterización general. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas y cuestiones controvertidas* (pp. 251-278). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, C.G., Varizat, A.F. (2011). La integración de la ley de defensa del consumidor con los códigos civil y de comercio: problemas y propuestas de soluciones. En Alveroni (Ed.), *Cuaderno de obligaciones N° 5: defensa del consumidor, problemas*

y cuestiones controvertidas (pp. 13-70). Córdoba: Grafica Solsona. Recuperado el 7/10/16 de <http://eds.b.ebscohost.com>

Vallespinos, G. (1984). *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

Vázquez Ferreyra, R. A. (2016). La función preventiva de la responsabilidad civil en un fallo de la justicia cordobesa. Recuperado el 27/02/2017 de: <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Vieira, M. (2013) “El trato digno y equitativo en el derecho del consumidor argentino”, Recuperado el 4/1/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Viel Temperley, F. (2015). *Deber de informar y daño directo*. Recuperado el 7/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Legislación

Art. 2 de la ley 21.- Ley Orgánica de defensa del consumidor de Ecuador. Recuperado de <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/A2-LEY-ORGANICA-DE-DEFENSA-DEL-CONSUMIDOR.pdf>

Art. 23 la ley 20.091.- Entidades de Seguros y su Control.

Art. 3 de la Directiva Europea 93/13/CEE de la Unión Europea.

Art. 340 de la ley 8037. - Código Procesal Civil de San Juan.

Art. 8° de la ley 26.682.- Medica Prepaga.

Código Civil de la República Argentina

Código de Comercio de la República Argentina

Constitución Nacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas N° 85/577 y N° 97/7.

Ley 19.724. - Prehorizontalidad

Ley 20.680. - Abastecimiento.

Ley 22.802. - Lealtad Comercial

Ley 23.091. - Locaciones Urbanas

Ley 24.240. - Defensa del Consumidor y modificatorias: leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 27.266.

Ley 25.326. - Protección de Datos Personales

Ley 26.994. - Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 8078. - Código de defensa del consumidor de Brasil. Recuperado de <http://brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cdc-es.pdf>

Res. 104/05 de la Secretaría de Coordinación Técnica de Defensa del Consumidor para el Mercosur.

Res. 26/04 de la Inspección General de Justicia.

Res. 26/04 de la Inspección General de Justicia.

Res. 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica.

Res. 490/97 de la Secretaría de Comercio.

Res. 53/03 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

Res. 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

Res. 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica.

Res. 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica. Defensa Del Consumidor.

Jurisprudencia

C.N. Apel. Cont. Adm. Fed., sala II, 08-10-1996, “*Medicus S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 10-12/-003, “*Fairstein, Juan C. y otro c. Varig S.A.*”, L.L. 2004-B-906.

C.N. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 31-08-2010, “*R., S. M. c. CEMIC*”, Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Civ., sala K, 05-10-2012, “*Claps, Enrique Martin y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios*”. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Civ., sala L, 25-06-2001, “*Militello, Vicente S. c. Centro Integral Médico y otro*”. Recuperado el 10/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com, sala A, 18/10/2012, in re “*Adecua c. Citibank N.A. y otro s. ordinario*”. Recuperado el 13/01/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala A, 04-08-2011, “*Cilla, Néstor Reinaldo c. Galeno Argentina S.A. s/ Sumarísimo*”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala A, 29-06-2010, “*Plan Ovalo SA de Ahorro s/ Fines Determinados c. Bickham, Guillermo Jesús*”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala B, 02-03-06, “*L., S. A. y otro c. Swiss Medical S.A.*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala B, 31-08-2006, “*HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. c. De Marchi, Natalia y otro*”. Recuperado el 20/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala C, 04/12/2012, “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/ Su Defensa v. HSBC La Buenos Aires*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala C, 14-12-2010, “*Healy, Jaime Miguel c. Vansal S.A. (U.A.I. Salud)*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala C, 17-06-2009, “*Banco Itaú Buen Ayre c. Cisco, Hugo Orlando*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Com., sala F, 12-07-2016, “*Banco Santander Río S.A. c. González, Viviana Alejandra s/ ejecutivo*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Apel. Cont. Adm. Fed., sala II, 10-08-2000, “*Viviendas Rolón de Siteca S. R. L. c. S. C. e P.*”. Recuperado el 20/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Civ., sala K, 21-02-1996, “*Giménez de Rueda, Adela M. v. Asociación Civil del Hospital Alemán y otro*”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Civ., Sala L, 28-05-1996, “*Arenas, Enrique c. Centro Médico Santa Fe S.A.C. y otro*”. L.L. 1997-C-550.

C.N. Com., Sala A, 31-3-04, “*D., c. Video Cable Comunicación S.A. y otro*”, L.L. 2004-C-634.

C.N. de Apel. en lo Com., sala B., “*Banco de Galicia y Buenos Aires c. L. H., P. M. y otros*”. Recuperado el 13/11/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.N. Fed.CAdm., sala IV, 23-6-98, “*Youssefian, Martín c/Secretaría de Comunicaciones*”. Recuperado el 07/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., “*Elias, Jalife s/acción de amparo*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., 03/05/2007, “*Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación*”, Fallos: 330.1989.

C.S.J.N., 06-03-2007, “*Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*”. Recuperado el 26/09/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., 08/04/2008, “*Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S.A.*”, L.L. 2008-C-338.

C.S.J.N., 11-12-2001, “*Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98*”. Recuperado el 21/11/16 de <http://old.csjn.gov.ar/data/defcom.pdf>

C.S.J.N., 13-03-2001, “*E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios*”. Recuperado el 15/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., 21/08/2013, “*Padec c. Swiss Medical S.A.*”. Recuperado el 15/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., 21-09-2004, “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*”. Recuperado el 06/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., 22-04-2008, “*Ledesma, María Leonor c/Metrovías S.A.*”, Fallos: 331:819.

C.S.J.N., 24-02-2009, “*Halabi, E. C. P.E.N.*”. Recuperado el 13/02/17 de <http://www.saij.gob.ar>.

C.S.J.N., 28-08-2007, “*CambiasoPéres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas*”, L.L. 05/09/2007-8. NO USADO

C.S.J.N., 31-10-2006, “*Ministerio de Salud c/Gobernación s/acción de amparo*”, Fallos: 329:4741. Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

C.S.J.N., de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 17-11-2003, “*Distribuidora Coronel S.R.L. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.*”. Recuperado el 13/2/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

C.S.J.N., sala I, 19-03-14, “*Banco de la Provincia de Buenos Aires c. DNCI -Disp. 622/05 - exp. 29.184/02*”, Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti L. L., ejemplar del 23/07/14. <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. 1ª Apel. Civ. Com. Min. Paz y Trib. San Rafael, 30-07-09, “*Ortiz Ramona y Humberto J. Rodríguez c/Cerro Nevado Aut. S.A. y Surcred S.A.*”, Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 27-05-2009, “*Machinandiaarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina*”, L.L. 2009-C-647.

Cám. 2ª Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 29-11-2001, “*Suárez, M. A. c/General Motors de Argentina y otros*”. Recuperado el 06/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. 4ª Apel. Civ. y Com. de Cba., 29/03/2005, “*Cuello, Fernando v. Telecom Personal S.A.*”. Recuperado el 06/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. 5ª Apel. Civ. y Com. de Cba., 15-09-2015. “*Gutiérrez Ferraris, Javier c. Liberty Seguros Argentina S.A y Otro s/ Ordinario – Otros – Recurso de apelación*”. Recuperado el 06/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Apel. Civ y Com. de Mar del Plata, sala II, 20-11-97, “*Martinelli, José A. c/ Banco del Buen Ayre.*” Recuperado el 07/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Apel. Civ. y Com. de Rosario, sala II, 02-12-1999, “*Bauer de Hernández, Rosa B. c. Carrefour Rosario*”, L.L. 2000-554.

Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala I, 20-12-2007, “*Hospital Británico de Buenos Aires c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones*”. Recuperado el 15/02/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala I, 23-05-2011, “*Galeno Argentina S.A. c. GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel*”. Recuperado el 15/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala II, 03-03-2004, “*Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires*”. Recuperado el 13/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cam. Apel. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala II, 26-3-08, “*Interplan S.A. de Ahorro para Fines Determinados c. GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones*”. Recuperado el 16/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cam. Apel. Lab. Posadas, sala I, 01-08-2007, “*Dirección de Comercio Interior c/Telecom Personal.*” Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. de Apel. de Trelew, sala A, 20-06-2008, “*Hubert, M. N. c. M., J. R.*”, Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Nacional de Apel. en lo Civil, sala F, 07-05-2004. “*Etcheverry, Roberto E. c. Omint S.A. de Servicios*”. Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

Cám. Nacional de Apel. en lo Com., sala B, 28-04-1998, “*Finvercon S.A. c. Pierro, Claudia A.*”, LL ,1998-C-624.

Cám. Nacional de Apel. en lo Com., sala C, “*Prenfin S.A. v. Mapfre Aconcagua Compañía de Seguros S.A.*”. Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>.

CN. Civ., sala L, 25-6-2007, “*Huerta María V y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios*”, Recuperado el 22/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>.

Juz. 1ª Inst. Cont. Adm. de la Plata, sala I, 12-04-2004, “*Savoretti, Héctor L. c. ABSA - Aguas Bonaerenses S.A.*”, Recuperado el 07/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>.

Juz. N. de 1ª Inst. en lo Cont. Adm. Nº 6, 18-03-2009, “*Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría Comunicaciones Dto. 764/00*”, L.L. 2009-D-716.

S. C. J. de Mendoza, 29-06-09, “*Intiar S.A. c. Triunfo Coop. de Seguros Ltda.*”. Recuperado el 13/11/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

S.T.J. de la Pcia. de Formosa, 12-07-2013, “*Aerolíneas Argentinas Sucursal Formosa s/ apelación (ley pcial. Nº 1480)*”. Recuperado el 12/12/16 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

S.T.J. de la Pcia. de Río Negro, 01-03-2006, “*Decovi s. Amparo Colectivo*”. Recuperado el 07/06/17 de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	GUERESCHI, Iván Agustín.
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30.309.749
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión para el consumo final.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	aguereschi@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.