

# UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI



UNIVERSIDAD  
EMPRESARIAL  
SIGLO 21

## **“Límites impuestos a las cláusulas abusivas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”**

*Proyecto de Investigación Aplicada*

Alumno: Remondino Ignacio

Carrera: Abogacía

Número de Legajo: ABG 04905

Marzo de 2017

## **Resumen**

En el presente Trabajo Final de Graduación se aborda la incidencia de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y de los contratos de consumo sobre los contratos tradicionales. La necesidad de proteger a los sujetos más débiles de la relación negocial propició que se sancionaran normas tuitivas de diferentes jerarquías que contemplaran situaciones de vulnerabilidad.

Recientemente el Código Civil y Comercial de Nación reforzó esas normas incorporando en su texto a los contratos celebrados por adhesión y a los contratos de consumo. Sobre esas normas se pretende brindar un análisis crítico que exponga los avances y retrocesos que la nueva regulación implica.

**PALABRAS CLAVE:** contratos por adhesión, contratos de consumos, autonomía de la voluntad, cláusulas predispuestas, cláusulas abusivas, control de las cláusulas abusivas, límites a las cláusulas abusivas.

## **Abstract**

In this Final Paper of Graduation, the incidence of the contracts for adhesion to predisposed clauses and of the contracts of consumption over the traditional contracts is addressed. The need to protect the weaker subjects of the negotiation relationship led to the adoption of tuitive laws of different hierarchies that considered situations of vulnerability.

Recently, the Civil and Commercial Code of the Nation has reinforced these norms by incorporating the contracts signed by adhesion and the contracts of consumption in its text. Upon these standards we are intended to provide a critical analysis that exposes the advances and setbacks that the new regulation implies.

**KEY WORDS:** adhesion contracts, consumption contracts, autonomy of will, predisposed clauses, abusive clauses, control of abusive clauses, limits to abusive clauses.

## **Índice**

Introducción.....	7
CAPITULO 1: Algunas nociones de la teoría general de los contratos.....	10
1.1 Palabras introductorias.....	10
1.2 Los contratos tradicionales.....	11
1.2.a) Elementos de configuración del contrato.....	11
1.2.b) Protección contra el abuso del derecho.....	13
1.2.c) Evolución contractual.....	14
1.2.d) La economía de mercado y el desequilibrio entre los contratantes. Principios tuitivos.....	17
1.3) Regulación de los contratos en Código Civil y Comercial de la Nación.....	18
1.3.a) Clasificación.....	18
1.3.b) Contratos por adhesión.....	20
1.3.b.i) La cuestión terminológica.....	20
1.3.b.ii) Caracterización.....	21
1.3.b.iii) Su regulación legal.....	22
1.4) Contrato de consumo.....	23
1.4. a) Breve introducción.....	23
1.4.b) La importancia de incorporar los contratos de consumo en el CCC.....	24
1.5) El papel de la autonomía de la voluntad en cada categoría.....	24
CAPITULO 2: Contratos de consumo.....	26
2.1) Palabras introductorias.....	26
2.2) La relación de consumo.....	26
2.2.a) Crítica metodológica.....	27
2.2.b) Ubicación.....	28
2.3) Teoría general del contrato de consumo.....	28
2.3.a) Generalidades.....	28
2.3.b) La “fractura” del contrato de consumo.....	29
2.4) La regulación del contrato de consumo en el Código Civil y Comercial.....	31
2.5) Regulación de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo.....	32

2.6) Cláusulas abusivas.....	33
2.6.a) De las cláusulas a las cláusulas abusivas.....	33
2.6.b) En qué contratos se pueden encontrar las cláusulas abusivas.....	34
2.6.c) La contratación por adhesión y las cláusulas abusivas.....	34
CAPITULO 3: Régimen Legal de la protección del consumidor.....	36
3.1) Palabras introductorias.....	36
3.2) Génesis histórica.....	36
3.3) Análisis de la regulación legal.....	38
3.3.a) Marco constitucional.....	38
3.3.b) Integración de normas a nivel infraconstitucional.....	40
3.4) La Ley de Defensa del Consumidor 24.240.....	41
3.4.a) El principio de interpretación a favor del consumidor como principio rector del sistema.....	42
3.4.b) El deber de información.....	42
3.4.c) El tratamiento de las cláusulas abusivas en la LDC.....	43
3.5) La ampliación de los derechos del consumidor en la Ley 26.361.....	44
3.6) De la normativa especial a la regulación de fondo.....	48
3.7) Su consagración en el Código Civil y Comercial como corolario de una regulación integral.....	49
Capítulo 4: Cláusulas abusivas nuevo código civil y comercial.....	51
4.1) Palabras introductorias.....	51
4.2) Prácticas y cláusulas abusivas.....	52
4.3) Breves antecedentes de las cláusulas abusivas en nuestro derecho.....	54
4.4) Tratamiento de las cláusulas abusivas en nuestro derecho.....	55
4.4.a) El tratamiento jurisprudencial.....	55
4.4.b) El tratamiento legal.....	56
4.4.b.i) La ley de Defensa del Consumidor.....	56
4.4.b.ii) Las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial.....	59
a) Razones para la regulación legal de las cláusulas abusivas.....	59
b) Ubicación.....	60

c) Principios.....	60
d) Regulación legal.....	61
4.5) Tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y en los de consumo.....	62
4.5.a) Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas.....	63
4.5.b) Los contratos de consumo.....	63
4.5.b.i) Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.....	63
4.5.b.ii) Situación jurídica abusiva en los contratos de consumo.....	65
4.5.b.iii) Las prácticas abusivas en los contratos de consumo.....	66
4.6) Régimen de control de las cláusulas y prácticas abusivas.....	66
4.6.a) Control legislativo.....	67
4.6.b) Control administrativo.....	68
4.6.c) Control judicial.....	69
4.7) Límites a las cláusulas abusivas.....	70
Conclusión.....	75
Listado de bibliografía.....	80

**Glosario de abreviaturas:**

CN: Constitución de la Nación Argentina

CCC: Código Civil y Comercial de la Nación

CC: Código Civil derogado

LDC: Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.

## **Introducción**

El presente trabajo de investigación conlleva efectuar un análisis jurídico y doctrinario sobre la noción clásica de contratación, así como la relación de consumo y específicamente sus cláusulas abusivas, impuestas por una de las partes en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.

A partir de la masificación de los negocios, y diversificación de las relaciones de consumo, las cláusulas predispuestas comienzan a ser el tópico primordial de gran importancia en el análisis jurídico y económico, a raíz de las diferencias de poder dando como consecuencia negativa en la realidad moderna el desequilibrio económico al que debe afrontar la parte más débil, el consumidor.

Debido al fenómeno de la globalización el derecho del consumo y la protección a los consumidores ha adquirido gran trascendencia en todos los ordenamientos jurídicos, de ahí su importancia tanto teórica como práctica de este tema. El desarrollo de las relaciones entre los individuos ha determinado la necesidad de protegerlo desde la norma, frente a distintas diferencias de poder. Es así como surgió el microsistema tuitivo de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en adelante, LDC) del año 1993, protección que se amplió con la reforma constitucional del siguiente año.

Cabe destacar que la sanción de la LDC constituyó un hito central en la promoción de los derechos de tercera generación. Sin embargo, este no es el nacimiento de los derechos de los consumidores en Argentina. Otras reformas como la del Código Civil del año 1967, introdujeron normas primogénitas en la protección al débil jurídico, tales como la responsabilidad objetiva; el principio de la buena fe y el abuso del derecho.

En el desarrollo de este Trabajo Final de Graduación comenzaremos con la exposición del panorama introducido por el Código Civil y Comercial de la Nación a partir la incorporación del derecho del consumidor y el impacto que esto tiene en la teoría general del contrato.

La investigación se orienta especialmente al análisis de la regulación del nuevo ordenamiento civil y comercial, la relación de consumo, como así también las cláusulas abusivas aplicables tanto a las relaciones surgidas del contrato de consumo como a los contratos celebrados por adhesión. Se pretende analizar lo concerniente a las cláusulas que

provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor o del sujeto no predisponente del contenido negocial, y los límites por las que no pueden ser declaradas abusivas.

La primera parte del trabajo comprende los dos primeros capítulos en los se tratan aspectos generales como nociones de la teoría general de los contratos, su evolución histórica como así también el abuso del derecho. Se exponen las principales tratativas, el contenido del contrato y su clasificación, importante a la hora de comprender contratos modernos como el celebrado por adhesión y el de consumo.

Uno de los rasgos característicos de la relación de consumo en los últimos años es el creciente interés en su estudio, lo cual lo veremos inserto dentro del capítulo segundo, abordando temas tales como; relación de consumo, autonomía de la voluntad y cláusulas predisuestas. El capítulo tercero se refiere a la aplicación de la ley de defensa al consumidor a estos contratos, la tutela al consumidor y su régimen constitucional.

El tercer capítulo muestra el marco jurídico nacional dentro del cual se regulan las relaciones de consumo, para desembocar en el cuarto y último capítulo que se refiere en profundidad al tratamiento de las cláusulas abusivas, tanto desde su perspectiva jurisprudencial como legislativa en el Código Civil y Comercial, se analizará exhaustivamente su importancia dentro de la nueva legislación y se evaluarán los límites.

Esta último resulta esencial en este trabajo, ya que el problema de investigación que nos planteamos desde el inicio se relaciona con el análisis crítico de los límites que impone el nuevo ordenamiento respecto de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas en el ámbito de los contratos de consumo.

El *objetivo general* que guía esta investigación consiste en analizar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y los límites impuestos por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Más específicamente aparecen otros objetivos dedicados a analizar la relación de consumo; determinar la naturaleza jurídica y el marco constitucional de los contratos de consumo; analizar la ley de defensa al consumidor, sus cláusulas abusivas e ineficaces; examinar la normativa sobre control de las condiciones generales y cláusulas predisuestas; analizar los límites que impone el nuevo Código Civil y Comercial respecto

a las cláusulas que pueden declararse abusivas por vulnerar los derechos del consumidor, entre otros.

Luego de nuestra investigación intentaremos responder nuestra pregunta de *hipótesis* sobre si la regulación de los límites significa un retroceso en la protección del consumidor.

Este trabajo de divulgación utiliza un método *explorativo y descriptivo*, que consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema (Yuni y Urbano, 2003). Se utiliza el método descriptivo porque el propósito del presente trabajo es analizar el instituto las cláusulas abusivas y detallar cuáles son sus características principales y sus requisitos, brindando una información lo más completa posible sobre el tema y para poder realizar un análisis crítico de esa regulación.

La estrategia metodológica será *cualitativa*. La misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación. Se procederá a recabar datos e información sobre la temática de estudio, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el solo objeto de comprender el instituto de las cláusulas abusivas y distinguir claramente los casos en los cuales procede.

Para realizar la presente investigación se utilizará principalmente la técnica de *observación de datos y documentos*, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para dar cuenta del instituto de las Cláusulas Abusivas en cuanto a su fundamento, procedencia y las dificultades y particularidades que se presentan en su aplicación práctica por parte de los tribunales.

La *delimitación temporal* toma como punto de partida el año 1993 en el tuvo recepción originaria en la Ley Defensa al Consumidor N° 24.240, a partir de lo cual abordaremos las posteriores modificaciones.

En cuanto a los *niveles de análisis*, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional.

# CAPITULO 1

## **Algunas nociones de la teoría general de los contratos**

*Sumario: 1.1) Palabras introductorias. 1.2) Los contratos tradicionales. 1.2.a) Elementos de configuración del contrato. 1.2.b) Protección contra el abuso del derecho. 1.2.c) Evolución contractual. 1.2.d) La economía de mercado y el desequilibrio entre los contratantes. Principios tuitivos. 1.3) Regulación de los contratos en Código Civil y Comercial de la Nación. 1.3.a) Clasificación. 1.3.b) Contratos por adhesión. 1.3.b.i) La cuestión terminológica. 1.3.b.ii) Caracterización. 1.3.b.iii) Su regulación legal. 1.4) Contrato de consumo. 1.4. a) Breve introducción. 1.4.b) La importancia de incorporar los contratos de consumo en el CCC. 1.5) El papel de la autonomía de la voluntad en cada categoría.*

### **1.1) Palabras introductorias**

Teniendo en cuenta que la mira central de esta investigación estará puesta en el análisis de la regulación de las cláusulas abusivas de los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC), comenzaremos el desarrollo exponiendo algunos parámetros generales que sirvan de ejes conceptuales sobre los cuales apoyar la lectura interpretativa de todo nuestro trabajo. Para comenzar es imprescindible suministrar una noción de lo que entendemos por “contrato”, en consideración a su concepción clásica, de sus elementos de configuración y de las condiciones que rodean a la negociación contractual actual.

Ampliando la perspectiva analizaremos cómo el mercado y las condiciones económicas impactaron en la celebración de los contratos, haciéndose necesario que el sistema jurídico expandiera sus horizontes en el reconocimiento de nuevas categorías contractuales –tales como el contrato por adhesión y el contrato de consumo- como respuesta ante situaciones que se tornarían injustas en caso de aplicar los principios de la contratación clásica.

## **1.2) Los contratos tradicionales**

Stiglitz (2015, p. 214) se refiere al contrato como:

...instituto que “actúa” en el derecho privado; el contrato discrecional presupone, desde su más lejana concepción clásica y hasta nuestros días, que las partes que en él intervienen se hallan en situación de paridad formal o jurídica, aun cuando la realidad revele que entre ellas existe desigualdad económica.

La igualdad formal o jurídica, debe caracterizarse por las circunstancias de que cada contratante; (a) es libre de decidir si es que contrata y en ese caso (b) con quien habrá de hacerlo (libertad de contratar), (c) libertad que se extiende a la posibilidad cierta y real de que exista una etapa previa al perfeccionamiento del acto – que puede ser más o menos extensa, aunque no se la utilice-, y en el que ambas partes se hallen paritariamente posibilitadas de ir dotando de contenido preceptivo (configuración interna o libertad contractual) al contrato.

Esa igualdad presupone que ambas partes portan el mismo poder de negociación, en el sentido de que ninguna de ellas hará prevalecer su voluntad en la creación del contenido del contrato, con exclusión de la otra.

### **1.2.a) Elementos de configuración del contrato**

Rescatamos tres elementos generales de configuración del contrato tradicional, los que se van adaptando según el tipo contractual particular. Estos son: el acuerdo de voluntades; la pluralidad de partes y el objeto o causa fin.

#### *1.2.a.i) Acuerdo de voluntades plasmado en el consentimiento*

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes y la voluntad de ambas partes es fuente y medida de las obligaciones contractuales. La intención domina el nacimiento del contrato y sus efectos. El principio clásico de la autonomía de la voluntad reconoce la existencia de la libertad de contratar- decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes- y la libertad contractual- referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación que se celebra-

#### *1.2.a.ii) Pluralidad de sujetos*

Presupone la existencia de dos o más partes individualmente identificadas cuyos intereses son distintos. De allí que el contrato sea un acto jurídico bilateral o plurilateral en el cual las partes aceptan los efectos obligacionales creados a partir de la celebración del acto. La capacidad de las partes para celebrar contratos como presupuesto legal para la formación del consentimiento válido.

#### *1.2.a.iii) El objeto del contrato*

El objeto del contrato- entendido en el sentido de causa fin del mismo- es el crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial. Se materializa en las obligaciones creadas, las que a su vez están conformadas por prestaciones, que según el derecho pueden consistir en dar un bien, hacer algo o no hacerlo, pero que en la práctica contractual consisten en la ejecución de una operación económica. A los fines de este trabajo, operación económica hará referencia al intercambio de bienes y servicios, y a las liberalidades de una parte hacia la otra (Borda, 2004; Compagnucci de Caso y Trigo Represas, 2005).

Esta breve aproximación a los elementos esenciales de configuración de los contratos tiene por finalidad demostrar cómo esos elementos –aún sin cambiar- han ido modificando su funcionamiento.

Respecto de la autonomía de la voluntad, el paso del tiempo ha evidenciado una distorsión progresiva desde aquel principio rector en la creación de los contratos en el Código Civil decimonónico hasta nuestros días. Si bien no existe tanta diferencia en los contratos “paritarios” o negociados, sí existe una gran variación en aquellos contratos predispuestos, más propios del paradigma contractual del siglo XIX. En contratos se materializan y acentúan las diferencias en el poder negocial y las capacidades técnicas de las partes, razón por la cual la ley debe recortar el principio de autonomía de la voluntad en favor de la protección del sujeto más débil.

En el derecho del consumidor esa diferencia de poder incide en la capacidad de negociación. Respecto de las partes que conforman los contratos, la masividad contractual propia del mercado económico afecta la determinabilidad de los sujetos (el art. 7 de la LDC dirige la oferta a consumidores potenciales indeterminados), así como también inciden las

fuerzas que cada una de las partes ejerce durante el periodo de las negociaciones (Garrido Cordobera, 2006).

### **1.2.b) Protección contra el abuso del derecho**

En la concepción liberal e individualista del CC el ejercicio de un derecho no podía configurar nunca un abuso del mismo, por lo la figura del abuso de derecho no estaba contemplada en la versión original. Muchos años más tarde, la reforma de la ley 17.711 se hace eco de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales que apuntan al análisis de la finalidad tenida en cuenta por el legislador a la hora de reconocer un derecho<sup>1</sup>.

La noción de ejercicio abusivo de un derecho que emana de ese artículo es difusa e imprecisa, y ha sido la labor de los tribunales y la doctrina las han ido delimitando el concepto (Casadío Martínez, 2013). Explica Borda (2004, pág. 29), que

Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral.

En líneas generales podemos sostener que habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito (Bueres y Highton, 1999).

El CCC incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar<sup>2</sup>, a partir de lo cual se revaloriza de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular (Nicolau y Hernández, 2012; Rossi, 2012).

---

<sup>1</sup> Art. 1.071 CC: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

<sup>2</sup> Art. 10 CCC: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

En los Fundamentos del Proyecto se destaca que

Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

### **1.2.c) Evolución contractual**

El escenario propio de la época de la regulación del Código Civil velezano (en adelante, CC) respondía a una concepción que también se reflejaba en otros Códigos de ese momento. Sin embargo, las condiciones en las que se producen la mayor parte de las contrataciones en la actualidad distan mucho de gestarse en un ambiente de paridad formal o jurídica.

Desde la segunda mitad del siglo XX, primero en los Estados Unidos y en Europa, y luego en el resto del mundo, incluida América Latina, ha ido emergiendo la problemática de la protección de los consumidores y usuarios. Explica Ghersi (2015) que desde esa época la doctrina y la jurisprudencia -extranjera y nacional- comenzó a abordar el derecho del consumo como la contracara del derecho laboral, que protege al otro sujeto minusválido en las relaciones de mercado. Especialmente, en lo atinente al sistema de comercialización de los bienes y servicios cuya oferta se realiza a través de la publicidad y las estructuras de adhesión -cláusulas predispuestas, tanto generales como particulares.

La llamada “sociedad de consumo”, que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, fue caracterizada por los economistas como el imperio de productores, fabricantes y distribuidores que, utilizando la máquina agresiva de la propaganda y técnicas apropiadas de embalaje, publicidad y marketing, conseguían convencer a los consumidores para comprar, cada vez más, un mayor número de artículos. Estas nuevas prácticas comerciales fueron generadoras de las relaciones de consumo que nacían entre los proveedores y los

---

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

consumidores no podían incluirse dentro del esquema comercial regulado por los códigos tradicionales que se asentaban sobre la teoría clásica del contrato, partiendo de la concepción de aquel como el instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, llevado a cabo entre sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, que pactaban en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio (Gherzi y Weingarten, 2011; Kemelmajer de Carlucci, 2015). Con el reconocimiento del consumidor como sujeto de derecho débil, frágil e inexperto que merece la protección jurídica del ordenamiento positivo y del Estado, aquel esquema ya no pudo regular las relaciones de consumo.

Desde el análisis económico del derecho, Gherzi (2011) explica que cuando existe simetría de poder entre las partes y paridad de poder en la formación del consenso, el derecho permite la elaboración del contrato de negociación individual; pero frente a la asimetría de poder económico, la respuesta del derecho es el contrato por adhesión, con sus características propias.

Así las cosas, en el ámbito de la contratación se pueden diferenciar dos estructuras: las del consentimiento, donde las partes poseen similar o simétrico poder económico y jurídico que da lugar a los contratos de negociación individual o paritarios, y la estructura de asentimiento, que constituye la base de los contratos por adhesión, donde las partes no poseen simetría de poder. En esta última estructura es en la que parecen las condiciones generales, las que pueden ser propensas a la inclusión de cláusulas abusivas o, simplemente, ventajas económicas que rompen la equidad a favor del dominante (Weingarten, 2011).

Surgió así el derecho del consumo o la protección al consumidor, a partir de una tendencia del derecho privado moderno, encaminada a la búsqueda del equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas, las que son consideradas asimétricas o desproporcionadas, por la calidad de las partes que intervienen en estas. Para lograr ese equilibrio el derecho del consumidor impone a los fabricantes e intermediarios, respectivamente, la responsabilidad por la calidad de su producto y la transparencia de sus defectos al público.

En este contexto aparecen normas que protegen al consumidor dada la vulnerabilidad –tanto material como económica- que le impide vincularse en una posición de absoluta igualdad (Rusconi, 2009; Tomasetti, 2016). Las coyunturas económicas y las economías de libre mercado capitalista permiten que la concepción de libertad e igualdad se vean exacerbadas frente a un Estado abstencionista que transfiere muchas de sus funciones al sector privado. En este sentido, el individualismo y el principio de no intervención regían el rol del Estado en las relaciones de consumo, en las que por hipótesis consumidor y empresario se encontraban en igualdad de condiciones. Como consecuencia, se pone de manifiesto la desigualdad real entre las partes contratantes, revistiendo unos mayor poder económico y de negociación, frente a otros que se encuentran en una posición de vulnerabilidad y desprotección (Bagalá, 2015; Stiglitz, 2015).

Ante este panorama, la autonomía de la voluntad es lo primero que se ve resentido. En este sentido, los contratos propios del tráfico mercantil se prestan en la mayoría de los casos mediante modos de concentración vertical que implican predisposición normativa. Además, la consecuencia de la masividad en la producción y en el consumo comenzó a evidenciar a evidenciar situaciones en las que el consumidor resultaba víctima de abusos a raíz de su posición de inferioridad en un mercado que se tornaba complejo y altamente diversificado (Bagalá, 2015; Junyent Bas, 2012).

Sin embargo, y aunque es cierto que cada vez es mayor el volumen de este tipo de contrataciones, discrepamos con Stiglitz (2015) en tanto avizora que el contrato discrecional clásico desaparecerá en la práctica, predominando en el siglo XXI la contratación entre empresas con consumidores individuales con escaso –o ningún- poder de negociación dada su limitada libertad contractual. Entendemos que los contratos negociados siguen cumpliendo una función que no es para nada residual, pero coexisten con otras modalidades contractuales –sobre todo en el ámbito mercantil- que requieren una atención y regulación especial del ordenamiento jurídico.

No menos cierto, es que en la actualidad hay una evidente crisis de la libertad contractual. No obstante, el dogma de la autonomía de la voluntad permanece vigente y el problema de la nueva realidad negocial es un problema de medida, es un problema de límites que impone el Derecho estatutario, integrado por leyes especiales, que privilegian el

orden público de protección en defensa del débil jurídico y que incide en la regulación de todo el ordenamiento jurídico (Gherzi, 2011; Ritto, 2014).

Retomando nuestra idea, diremos que el derecho necesita intervenir para emparejar esta lucha entre desiguales. El rol del Estado deviene entonces preponderante fundamentalmente a través de políticas activas controlando las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

Analizaremos en los capítulos siguientes cómo se dio en nuestro derecho una progresiva incorporación de normas que defendían al sujeto más débil- primero desde el plano infraconstitucional (Ley de defensa del consumidor (en adelante, LDC) del año 1993)- para luego alcanzar una protección que se plasmó en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. Desde esa fecha hasta la actualidad, la LDC fue ampliando sus márgenes hasta llegar a nuestros días, en los cuales la defensa del consumidor logró recepción en el código de fondo.

Así, el CCC intenta reflejar en la teoría general del contrato los cambios habidos en las relaciones en masa, sin dejar de reconocer la permanencia de las reglas fundantes del contrato, en orden a la libertad para contratar y la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad, pero agregando a estas características las particularidades de las cláusulas predispuestas o los contratos formularios, disponiendo dispositivos de tutela especial para evitar el abuso del predisponente (Junyent Bas, 2012).

#### **1.2.d) La economía de mercado y el desequilibrio entre los contratantes. Principios tuitivos**

El análisis de la economía de mercado- en lo referido a sus consecuencias indeseadas- no puede estar separado de las respuestas del derecho. En este sentido, aparece el “Derecho del Consumidor” como forma de tutelar y hacer que se respete la dignidad humana cada vez que las relaciones económicas del mercado orientadas por el lucro dan la espalda al contenido ético. Como expresa el Dr. Mosset Iturraspe (1996). Ya no corresponde predicar del negocio efectos puramente jurídicos, minimizando los efectos económicos. El Derecho, como ciencia y arte de la convivencia, debe participar reconociendo desde el punto de vista jurídico las implicancias de contenido económico y social en la vulnerabilidad del consumidor. Este reconocimiento sirve como pauta del sistema de protección y se enmarca

dentro del principio “in dubio pro consumidor”, que significa que en caso de duda sobre los alcances de las obligaciones pactadas en un contrato, se estará a la interpretación más favorable al consumidor, en contra del predisponente, que ha sido quien tuvo a su alcance la posibilidad de establecer las mismas, a su exclusivo arbitrio.

Este moderno principio de articula con otro principio mucho más tradicional y elemental en el derecho de contratos: el de la “buena fe”, que si bien es exigible a ambas partes, lo es con más rigor al empresario, productor o predisponente, de quien cabe esperar una conducta leal, teniendo presente su mayor conocimiento y posibilidades de predisponer las cláusulas.

Tomando especialmente en cuenta esta modalidad de contratación a través de cláusulas predisuestas, resulta necesaria la existencia de una legislación adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden público económico de coordinación“ (Alterini, 1998) mediante el cual el Estado cumpla la función de tutela que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de proteger a la parte débil de esta contratación, el consumidor, velando con ello, por el mantenimiento del equilibrio de las posiciones contractuales (López Cabana, 1996).

Destacamos aquí que la tutela del débil jurídico no tiende a poner a las dos partes en paridad absoluta porque se entiende que, en una red de comercialización, el fabricante debe reservarse la jefatura de su organización del mismo modo como se considera legítimo que el empleador sea quien tome ciertas decisiones acerca de la relación laboral en dependencia. De otro modo, las políticas de comercialización quedarían sujetas a deliberación entre el fabricante y sus comercializadores, lo que transfiguraría el sistema (Rubín, 2015). Pero sí a restaurar el equilibrio entre los contratantes para que su contratación se enmarque dentro del principio de buena fe.

### **1.3) Regulación de los contratos en Código Civil y Comercial de la Nación**

#### **1.3.a) Clasificación**

Según explica Lorenzetti (2004) en la actualidad los contratos pueden clasificarse – entre otras- en tres grandes sectores. El primero está compuesto por los contratos discrecionales o paritarios regulados por la autonomía privada y las normas de orden público de coordinación, que adoptan un estándar de sociabilidad basados en la buena fe,

abuso del derecho, etc.; luego están los contratos *celebrados* por adhesión, que constituyen según este autor una “categoría intermedia entre los contratos discrecionales y los de consumo” (pág. 680) en los que una de las partes redacta o predispone las cláusulas contractuales, quedando a la otra parte la opción de aceptarlas o rechazarlas, aplicándose reglas especiales de interpretación y un orden público de protección. Finalmente se encuentra el contrato de consumo, que se perfecciona cuando hay sujetos (consumidor, proveedor), objeto y causa de consumo, dentro de una relación de consumo.

Teniendo en cuenta la necesidad de que el nuevo texto legal incluyera la evolución contractual apuntada por la doctrina y se adaptara a las nuevas modalidades contractuales actuales, el CCC estructuró la regulación de tres grandes categorías de contratos: los contratos discrecionales, los celebrados por adhesión y los de consumo. La clasificación contractual responde, ya sea por la igualdad en el poder de negociación, por el modo de redacción del contenido –predispuesto unilateralmente–, y por último, por el acto de consumo que implica la debilidad estructural de una de las partes.

El primer tipo, los contratos *discrecionales, negociados o paritarios* remiten a la concepción tradicional de los contratos que desde siempre se encontraban regulados en el derogado Código Civil (art. 1137), y que hoy se encuentran en el art. 957 CCC<sup>3</sup>. Estos contratos están dominados por la plena autonomía de la voluntad de los contratantes que se encuentran en paridad de condiciones.

Aparecen en la regulación dos tipos contractuales novedosos, en tanto el Código Civil derogado no se ocupaba ni de los consumidores ni de los contratos por adhesión. Se regulan ahora a los *contratos por adhesión* y los *contratos de consumo*, que a continuación expondremos en profundidad (Junyent Bas, 2012; Rossi, 2016).

Va de suyo, que en todos los casos previstos por la ley, resulta plenamente vigente el principio de buena fe, establecido en el art. 9 del CCC<sup>4</sup>, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos<sup>5</sup>. La buena fe no constituye un mero elemento de un supuesto de

---

<sup>3</sup> Art. 957 CCC: El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

<sup>4</sup> Art. 9 CCC: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

<sup>5</sup> Art. 10 y art. 11 CCC. Artículo 10: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

hecho normativo, sino que genera una norma jurídica completa que adquiere el rango de un principio general del derecho, y consecuentemente, todos los participantes del tráfico negocial deben comportarse (Aparicio, 2012; Junyent Bas y Garzino, 2015).

### **1.3.b) Contratos por adhesión**

#### **1.3.b.i) La cuestión terminológica**

El CCC define al contrato de adhesión como “aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción” (art. 984 CCC).

Estrictamente, y según lo expresa Compiani (2015) el contrato por adhesión no es un tipo general del contrato, sino una *modalidad del consentimiento*. Durante la lectura de distintas fuentes consultadas en esta investigación, nos hemos encontrado con prestigiosos autores que se refieren indistintamente a contrato *de* adhesión o contrato *por* adhesión. Entendemos que la primera denominación no es correcta en tanto la adhesión no se refiere a un contenido tipificante de un contrato (ejemplo, contrato de compraventa, de locación, de leasing, etc.), sino a la modalidad no negociada en el *iter contactual* (López de Zavalía, 1998; Alterini 1998). Esta es la gran diferencia que lo separa de los contratos paritarios, en los cuales la ley presupone la igualdad entre las partes en todo lo relativo a la negociación del contrato.

El contrato se celebra *por* adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere. La adhesión es una característica del acto del aceptante que dispara el principio protectorio por vulnerar la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, la libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar) y si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquélla existe. La autorregulación, como

---

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”

Artículo 11: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece (Compiani, 2015; Garzino, 2015).

### **1.3.b.ii) Caracterización**

El contenido de los contratos por adhesión está conformado por la redacción unilateral de cláusulas generales predispuestas, o excepcionalmente por cláusulas particulares negociadas individualmente. El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido (Stiglitz, 2015).

En el primer caso<sup>6</sup>, el CCC hizo prevalecer la importancia de la legibilidad, la inteligibilidad y la completividad de la cláusula de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular cabe señalar y repetir que a la claridad se une la legibilidad para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen inadvertidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual (Stiglitz, 2012).

En el caso de las cláusulas particulares negociadas<sup>7</sup> que lleguen a contradecir a las cláusulas predispuestas, se le otorga preferencia a las primeras en tanto surgen de una negociación estipulada al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general se encuentra redactada previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto. Por lo tanto, la autonomía particularmente concertada tiene preeminencia por revelar la auténtica intención de las partes.

---

<sup>6</sup> Art. 985 CCC: “Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.

La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares”.

<sup>7</sup> Art. 986 CCC: “Cláusulas particulares. 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”.

### **1.3.b.iii) Su regulación legal**

Mediante la regulación de los contratos por adhesión, el CCC busca proteger a los otros débiles jurídicos que no entran en la categoría de “consumidores”. Esto así en tanto el campo de aplicación de aquellos no necesariamente son los contratos de consumo. Por esto, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, se protege al adherente, sea o no sea consumidor. Lo que importa es la forma de contratación. Es la forma o modalidad de contratación la que pone al adherente en situación de debilidad (Bagalá, 2015; Rossi, 2016; Weingarten, 2011).

Regulados en los arts. 984 a 989 CCC, los contratos celebrados por adhesión son aquellos mediante los cuales, «uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción» (art. 984 CCC).

En esta categoría de contratos, la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente.

La nueva normativa recoge los principios interpretativos propios de la contratación por adhesión, en cuanto las cláusulas particulares –son aquellas fruto de la negociación de las partes y amplían, limitan, suprimen o interpretan la cláusula general-, prevalecen sobre las condiciones generales del contrato (art.986 CCC); en cuanto a las cláusulas ambiguas –son aquéllas oscuras, que permiten más de un significado-, se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987 CCC<sup>8</sup>) (Junyent Bas y Garzino, 2015).

Se fija un criterio general amplio en materia de cláusulas abusivas<sup>9</sup> que comprende no sólo a los contratos por adhesión, sino también a aquéllos cuyo contenido es predispuesto. Se elude, de esta forma, tener que elaborar un elenco de cláusulas abusivas y la

---

<sup>8</sup> Art. 987 CCC: “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

<sup>9</sup> Art. 988 CCC: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a. las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b. las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c. las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

problemática que ello acarrea en cuanto a su desactualización y la necesaria adecuación a las contrataciones específicas (Compiani, 2015).

Aclaremos aquí, si bien el tema de las cláusulas abusivas será tratado en profundidad en el capítulo 4, que no debe asociarse la contratación por adhesión con la existencia de cláusulas abusivas. La predisposición de las cláusulas que forman el contenido del contrato es una técnica de redacción que en principio nada dice sobre la existencia de abuso. Sin embargo, las cláusulas predispuestas en un contrato por adhesión generan un campo fértil en el cual pueden aparecer las cláusulas abusivas.

#### **1.4) Contrato de consumo**

##### **1.4. a) Breve introducción**

En la intención del CCC de revertir el desequilibrio sistémico entre los contratantes, además de regular los contratos celebrados por adhesión, expresamente reguló en extenso a los contratos de consumo, los que –según Fundamentos del Anteproyecto- constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales. De allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

Si bien el CCC toma principios ya contenidos en la LDC, al realizarse una interpretación constitucionalizada de la nueva norma, no debe tomarse la misma de forma aislada, sino adaptándose a las normas de la Constitución Nacional, y a los fallos de la Corte Interamericana de DD. HH. y la Corte Europea de DD.HH.

Por lo tanto, el reconociendo de todas estas fuentes impactan al momento de interpretar las normas aplicables a los efectos del contrato de consumo. El “diálogo de fuentes” (Fundamentos del Anteproyecto), exige que el intérprete de una ley especial recurra al CCC para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

Desde esta perspectiva, la integración del sistema legal se graduaría del siguiente modo: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del CCC; c) la

reglamentación detallada existente en la legislación especial (LDC, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia).

Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas (Ritto, 2014).

Lo fundamental es que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas conforme con el principio de protección al consumidor. Y en caso de duda, prevalece la norma más favorable al consumidor. En cuanto al contrato celebrado, cuando existen dudas, se interpreta en el sentido más favorable al consumidor.

#### **1.4.b) La importancia de incorporar los contratos de consumo en el CCC**

La inclusión de las relaciones de consumo de raigambre constitucional en el cuerpo CCC revaloriza y refuerza la defensa del débil jurídico, introduciendo la noción de contrato de consumo que no estaba regulada en la ley especial. Sin embargo, alguna parte de la doctrina (Gherzi, 2015) entiende que el derecho de consumo no debió ser incorporado en el CCC por encontrarse ya comprendido en una regulación autónoma y autosuficiente.

El CCC elabora una regulación que contiene un “piso mínimo inderogable” en el Título III y que ninguna ley especial en aspectos similares puede dejar sin efectos sin afectar el sistema (Valicenti, 2016). Además, le otorga cierta estabilidad al sistema tuitivo en tanto, si bien el CCC, como cualquier ley, puede ser modificado, resulta mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial (Ritto, 2014).

Cuando se prueba la existencia de un contrato de consumo se aplica el Título III, sea o no el contrato celebrado por adhesión, ya que ésta no es un elemento tipificante. De manera, que se define el contrato de consumo que es reconocido como fragmentación del tipo general de contratos y como fuente autónoma de las obligaciones y por sus especiales características en lo relativo a la limitación de la autonomía de la voluntad, se establece el núcleo mínimo de la tutela en estas contrataciones (Ritto, 2014).

#### **1.5) El papel de la autonomía de la voluntad en cada categoría**

La autonomía de la voluntad de las partes cumple un rol diferente según la categoría de contratos de que se trate.

En los contratos paritarios cobra relevancia el principio de autonomía de la voluntad<sup>10</sup>, que le otorga fuerza vinculante entre las partes a todo contrato válidamente celebrado, cuyo contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé<sup>11</sup>. En esa línea, los jueces no tienen, en principio, facultad para modificar las estipulaciones de los contratos<sup>12</sup> (Junyent Bas, 2012).

En los contratos por adhesión, en los Fundamentos del Proyecto se explica con claridad este punto: “...hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales”. Por lo tanto, el régimen tuitivo consagrado en el CCC intenta superar esa desigualdad inicial (Compiani, 2012). La autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente (Rossi, 2012).

En los contratos de consumo la autonomía de la voluntad está severamente limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del proveedor (Ritto, 2014; Rossi, 2012).

En el capítulo siguiente desarrollaremos en profundidad estos contratos.

---

<sup>10</sup> Art. 958 CCC: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>11</sup> Art. 959 CCC: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

<sup>12</sup> Art. 960 CCC: “Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, *excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público*”.

## **CAPITULO 2**

### **Contratos de consumo**

*Sumario: 2.1) Palabras introductorias. 2.2) La relación de consumo. 2.2.a) Crítica metodológica. 2.2.b) Ubicación. 2.3) Teoría general del contrato de consumo. 2.3.a) Generalidades. 2.3.b) La “fractura” del contrato de consumo. 2.4) La regulación del contrato de consumo en el Código Civil y Comercial. 2.5) Regulación de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo. 2.6) Cláusulas abusivas. 2.6.a) De las cláusulas a las cláusulas abusivas. 2.6.b) En qué contratos se pueden encontrar las cláusulas abusivas. 2.6.c) La contratación por adhesión y las cláusulas abusivas.*

#### **2.1) Palabras introductorias**

El Derecho del Consumidor es una disciplina –rama del derecho estatutario- que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico, es decir, que no están en igualdad de condiciones. Esa desigualdad no se da como un fenómeno raro o extraordinario, sino que es la característica normal en las prácticas comerciales. La relación que existe entre las partes contratantes se llama “relación de consumo”, la que puede tener su fuente en un contrato o no.

En este capítulo abordaremos detenidamente estas figuras incorporadas al texto del CCC.

#### **2.2) La relación de consumo**

El CCC comienza la regulación del derecho del consumidor desde la definición del ámbito más amplio –la relación de consumo<sup>13</sup>- para luego introducirse en la

---

<sup>13</sup> Art. 1092 CCC: “Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza,

conceptualización específica del contrato de consumo. El vínculo que genera la relación de consumo podrá tener fuente contractual o no, lo que permite ampliar la aplicación de la LDC y del CCC y no ceñirse a la existencia o no de un contrato de consumo. Admite diferentes fuentes, entre ellas el contrato, pero no descarta a otras no menos significativas como los actos unilaterales, las prácticas comerciales y los hechos ilícitos (Nicolau y Hernández, 2012).

Por lo tanto, el contrato de consumo se encuentra inmerso en el concepto más amplio de la relación de consumo, respetando así la jerarquía constitucional del derecho del consumidor, que emana del art. 42 de la Carta Magna, y dejando a salvo también la legislación especial pautada en la LDC 24.240 y sus modificaciones (Arias Caú, 2012; Junyent Bas y Garzino, 2015).

En consecuencia, la noción de relación de consumo es más amplia que la de contrato de consumo y amplía notablemente la legitimación activa, al unificar, de hecho, aspectos propios de las órbitas contractual y extracontractual<sup>14</sup>.

### **2.2.a) Crítica metodológica**

En un primer momento la doctrina no se mostró uniforme en regular en el CCC la relación de consumo, en tanto ya se encuentra definida en el art. 3 de la LDC. Autores como Rusconi (2012) entienden que “no era necesario que el CCC definiera a la relación de consumo, concepto que reitera de manera literal al contemplado en el artículo 3 de la LDC”. Para otros, como Nicolau y Hernández (2012), afirman que era necesaria su regulación en tanto la relación de consumo definida en la LDC se limita a aquella que surge del contrato de consumo, en tanto la regulada en el CCC permite ampliar su perspectiva, excediendo la fuente contractual.

En efecto, la doctrina ha definido la relación de consumo como el

---

en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

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

<sup>14</sup> Recuperado de: <http://www.adpra.org.ar/los-derechos-del-consumidor-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/> el 10/1/2017.

vínculo jurídico de fuente legal que liga al proveedor de bienes o servicios con el consumidor que los adquiere o utiliza como destinatario final, así como con todos aquellos que se ven afectados por sus consecuencias o, en general, por la actividad de los proveedores (Zentner, 2010, pág. 68).

Frente a este panorama, entendemos entonces que era conveniente la regulación de la relación de la relación de consumo en el código de fondo.

### **2.2.b) Ubicación**

Ahora, esta primera conclusión nos lleva al planteo de una segunda cuestión: si la relación de consumo excede la fuente contractual, exorbita la materia contractual abarcando también los actos jurídicos unilaterales, los actos ilícitos hasta el hecho de consumo, en una noción más amplia y abarcativa, entonces ¿por qué su ubicación dentro de los contratos de consumo?

Estamos de acuerdo con Arias Caú (2012) para quien sí era necesario incluir la definición de la relación de consumo en el CCC, pero su ubicación debió haberse dentro del Título I “Obligaciones en general”. La relación de consumo es, en juicio que compartimos con el autor citado, una especie dentro del género relación jurídica, pero restringida a los denominados derechos personales o de crédito, compuesta de sujetos, objeto y causa. Es decir, se trata de un ligamen jurídico que une o sujeta a un acreedor con un deudor sobre una prestación de contenido patrimonial, caracterizándose esta relación por la desigualdad estructural, de índole jurídica y económica, que permite considerar a una parte débil o profano y a la otra como fuerte o profesional.

### **2.3) Teoría general del contrato de consumo**

#### **2.3.a) Generalidades**

En la concepción tradicional de los códigos decimonónicos el contrato era el instrumento ideal para la circulación de la riqueza, que coordinaba intereses contrapuestos, a través de la negociación de las partes que se encontraban en un pie de igualdad. Es decir, que gozaban de amplia libertad de conclusión y de configuración siendo la voluntad la única fuente jurígena. El contrato se analizaba desde un punto de vista individual, como institución privada, por lo cual era considerado como una ley privada para las partes, sujeta al principio del *pacta sun servanda*, donde sus efectos no pueden beneficiar ni perjudicar a

terceros. Empero, su límite está constituido por el orden público, la moral y buenas costumbres, lo cual ha sido denominado por Ghersi (2011) como un *orden público moral*.

En cambio, en la concepción moderna, especialmente a partir de la producción en masa de bienes y servicios que origina la sociedad de consumo, el paradigma del contrato se modifica y pasa a utilizarse la técnica de la adhesión, produciéndose un desequilibrio entre las partes tornándose como un instrumento de opresión económica y jurídica. La fuente de las obligaciones se reparte entre la ley, por intermedio del Estado y la voluntad de las partes (Alterini, 1989). El contrato pasa a ser considerado como institución social. La libertad de conclusión sufre severas limitaciones derivando en el contrato forzoso en los casos de monopolios de hecho o derecho; por su parte, la libertad de configuración es restringida derivando en el contrato predispuesto en el cual es redactado por una de las partes. Empero, ahora el límite es el orden público económico porque regula las relaciones económicas, por intermedio del orden público de dirección que interviene en el contrato; y el orden público de protección que tutela situaciones de debilidad (Arias Caú, 2012).

Como lo expresa Farina (2005, pág. 123)

el contrato del siglo XXI será el que celebre la empresa monopólica, de hecho y de derecho, con el consumidor individual, y ello presupone precisamente la eliminación de todo margen a la ya escasa libertad contractual, pues al consumidor, también le será sustraída su posibilidad de seleccionar libremente a su contratante.

### **2.3.b) La “fractura” del contrato de consumo**

Utilizando las palabras del Dr. Lorenzetti (2012), y teniendo en cuenta la evolución legislativa de la materia del contrato general que expusieramos en el capítulo anterior, profundizaremos aquí en la evolución que lleva al actual desprendimiento legal del contrato de consumo.

Las características más trascendentes para diferenciar a este contrato de los contratos tradicionales se relacionan con los *sujetos* que contratan y con el *objeto* sobre el que se contrata.

El identificar al consumidor como un grupo social definido y con características especiales de vulnerabilidad, requiere que el derecho le brinde una protección especial,

diferente del régimen individualista que reconocía en código velezano en cual los contratantes negociaban en condiciones de equilibrio.

También el objeto sobre el que recaen los contratos de consumo es muy específico. Recuerda Lorenzetti (2009), que el Derecho Privado se refirió inicialmente a la noción de “cosa”, luego la de “bien”, y finalmente la de “producto”, tratando siempre de receptor los cambios económicos que se iban produciendo. En la visión del Código Civil derogado se entendía que cosas son aquellos objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311 CC). Ahora bien, cuando a estos objetos materiales se los somete a un proceso o elaboración, ya sea industrial o fabril, por intermedio de una empresa, se obtienen los productos. Los bienes, por su parte, son objetos ya sea materiales o inmateriales susceptibles de tener un valor (art. 2311 CC).

Por lo cual, si nos preguntamos cual es el objeto de la relación de consumo responderemos que son los bienes, en virtud que dicho concepto es el más amplio y nos permite incluir tanto a las cosas muebles o inmuebles como a los productos que tienen una elaboración industrial.

Con la aparición del microsistema de protección legal de los consumidores, la LDC se refiere a la adquisición o utilización de *bienes y servicios*.

Teniendo en cuenta estas características, las relaciones económicas de mercado subyacentes y la necesidad de protección del débil jurídico, el derecho del consumidor se erige como “una especie del genero derechos humanos”. Así lo expresó el máximo tribunal bonaerense al pronunciarse sobre la categoría de derecho constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios<sup>15</sup>, y expresó que "el derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional".

Si bien el legislador de la ley 24.240 no definió el contrato de consumo, pero sin lugar a dudas adoptó la fuente contractual para regular el denominado contrato de consumo, que se caracteriza por no ser un tipo contractual común, sino un tipo general y que para su

---

<sup>15</sup> CSBA, "Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo", Causa C. 117.245, 3/9/2014. Con comentario de Bagalá y Mendiberri (2015). Recuperado de: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) ,Id Infojus: DACF150630.

perfeccionamiento depende de los sujetos, el objeto y que tenga como causa el destino final, familiar o social, del consumidor o usuario. Por ejemplo, un contrato de compraventa de una cosa mueble o la prestación de un servicio será de consumo si se verifican las calidades subjetivas del consumidor y del proveedor; en caso contrario, seguirá regido por los Códigos Civil y Comercial.

Sin embargo, entiende Wajtraub (2004) que la LDC ya contenía en su germen la fuente extracontractual contenido en la oferta dirigida al público (art. 7º) o en los efectos de la publicidad (art. 8º).

#### **2.4) La regulación del contrato de consumo en el Código Civil y Comercial**

La incorporación del contrato de consumo como figura estelar que regula las relaciones jurídicas entre el proveedor y el consumidor, pone en crisis los tipos contractuales conocidos (Arias Caú, 2012). Sobre el contrato de consumo, el nuevo ordenamiento lo regula como una categoría especial, lo cual supone admitir la quiebra de la noción tradicional única de contrato, conceptualizándose de una manera amplia y flexible (Nicolau y Hernández, 2012). Como expresa Lorenzetti (2012, pág. 141) “...el tipo general de contrato se fractura en dos y hay un título relativo al contrato clásico y otro vinculado al contrato de consumo, lo que constituye una definición innovadora en el derecho comparado”.

En el en el Libro Tercero “Derechos Personales”, Título III se regulan los contratos de consumo entre los arts. 1092 a 1122 CCC en el que aparecen algunos tópicos relativos al derecho del consumidor ya sea en materia de relación de consumo, formación del consentimiento, modalidades especiales y cláusulas abusivas (Bagalá, 2015).

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) se expresa que “corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general”

El contrato de consumo es el que se celebra entre el Consumidor o usuario final y la persona física o jurídica que actúa profesionalmente. Como esbozáramos en el capítulo

anterior, en los contratos de consumo, se protege al consumidor, sea o no adherente, esto es, sin importar la modalidad de contratación -si hubo o no hubo negociación previa-. Lo que interesa al derecho para su configuración es que uno de los contratantes, el proveedor, es un profesional y el otro, el consumidor, no lo es. Por esta razón la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del proveedor.

## **2.5) Regulación de la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo**

A modo genérico expusimos en el capítulo anterior cómo juega el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes según el tipo de contrato.

Tradicionalmente el derecho de los contratos reposaba sobre el principio de la autonomía de la voluntad, el que presupone la existencia de contratantes libres, iguales e independientes; suponían necesariamente la justicia y el contrato era, como consecuencia, impermeable a la intervención del juez – el individualismo no admitía racionalmente la posibilidad de que el juez revisara el contrato-, y del legislador- ya que las convenciones legalmente formadas equivalían a la ley por ser el resultado de un acuerdo entre personas iguales y libres.

En este tipo de contratación impera la autonomía de voluntad. Sin embargo, cuando al momento de la conclusión del contrato, uno de los contratantes se encuentra en situación de inferioridad, el desequilibrio de fuerzas se manifiesta concretamente en la elaboración unilateral del contrato por la parte que dispone del poder de negociación.

Como quiera que sea, dotar de contenido al contrato sigue siendo, como principio general, en los contratos negociados individualmente, una cuestión atinente a la voluntad de las partes. Así lo establece el CCC<sup>16</sup>.

La excepción se halla constituida al carácter indisponible de las normas legales cuando ello resulte de su contenido o de su contexto, por lo que la fuerza obligatoria del contrato cede por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 962 CCC: “Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

A modo de corolario diremos entonces que el CCC establece límites inherentes a la autonomía de la voluntad y a la fuerza obligatoria del contrato cuando provienen de la ley, del orden público, la moral y las buenas costumbres (artículo 958) y al carácter imperativo de las normas (artículo 962). Pero además por la facultad acordada a los jueces de modificar el contrato, sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (artículo 960). Esto significa que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes (Arias Caú, 2012; Stiglitz, 2012).

## **2.6) Cláusulas abusivas**

### **2.6.a) De las cláusulas a las cláusulas abusivas**

Las cláusulas de un contrato constituyen la expresión de la autonomía de la voluntad y conforman el contenido al contrato; la prohibición de una cláusula por abusiva constituye un límite a la autonomía de la voluntad impuesto por la norma jurídica que así la califica. La norma que prohíbe que, en los contratos de consumo, determinadas cláusulas integren el contenido del contrato tiene por función impedir, imperativamente, que se consagren derechos excesivos a favor del empresario u obligaciones vejatorias contra el consumidor. Se trata de un desenvolvimiento más de la "regla moral" como límite a la autonomía de la voluntad y de la reafirmación del orden público en su sentido económico-social que tiene por finalidad la protección del polo débil de la relación, particularmente en materia de defensa del consumidores (Weingarten, 2011; Stiglitz, 2003).

Estas cláusulas materializan situaciones de desequilibrio o desigualdad en la titularidad de los derechos y obligaciones. Pues por un lado, la situación de superioridad del proveedor le permite brindarse o autoconcederse mayores derechos o facultades, o; reducir, limitar o exonerar, total o parcialmente, sus obligaciones o cargas contractuales (Stiglitz, 2012).

---

<sup>17</sup> Art. 959 CCC: "Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé".

En aras de la protección del sujeto débil el derecho del consumidor ejerce un férreo control de las cláusulas abusivas, ya sea a partir de la regulación de las situaciones que la ley prohíbe previamente por entenderlas abusivas o a través del control judicial posterior (Arias Caí, 2012).

### **2.6.b) En qué contratos se pueden encontrar las cláusulas abusivas**

En ocasiones las empresas utilizan publicidad engañosa para atraer clientes, contratos por adhesión para abaratar costos y cláusulas abusivas para incrementar sus ganancias, en abuso constante de su posición dominante.

La cláusula abusiva va en contra de las exigencias de la buena fe al causar detrimento del consumidor generando un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares (Stiglitz, 2012).

Por lo tanto, las "cláusulas abusivas" pueden aparecer tanto para los contratos en general, como para los celebrados por adhesión y los de consumo (Rossi, 2012). Así, aunque las cláusulas abusivas se encuentran en la mayoría de los casos en contratos celebrados con consumidores o usuarios, pueden darse igualmente en cualquier tipo de negociación contractual, por ejemplo entre empresarios o profesionales, donde una de las partes no ha tenido su margen de negociación, es decir, no ha podido arbitrar, defender o exponer sus intereses precontractuales que han devenido en el contrato posteriormente celebrado (Junyent Bas, 2012).

### **2.6.c) La contratación por adhesión y las cláusulas abusivas**

No se deben confundir las cláusulas abusivas con contratación por adhesión. El contrato por adhesión es el resultado de una modalidad del consentimiento contractual previsible y bien aceptado de la producción masiva o uniforme de bienes y servicios. Esa mecánica de comercialización obsta la contratación individual e impide las tratativas previas. En la actualidad predominan los contratos con cláusulas predispuestas y, con éstas, la posibilidad cierta y real de incorporar cláusulas abusivas, dado que el contenido del contrato es obra exclusiva y excluyente del profesional. La lucha contra las cláusulas

abusivas no debe ser confundida con la contratación predispuesta, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda.

En síntesis, los contratos por adhesión, por las características de su formación, favorecen la posibilidad de incluirlas (Stiglitz, s./f).

## **CAPITULO 3**

### **Régimen Legal de la protección del consumidor**

*Sumario: 3.1) Palabras introductorias. 3.2) Génesis histórica. 3.3) Análisis de la regulación legal. 3.3.a) Marco constitucional. 3.3.b) Integración de normas a nivel infraconstitucional. 3.4) La Ley de Defensa del Consumidor 24.240. 3.4.a) El principio de interpretación a favor del consumidor como principio rector del sistema. 3.4.b) El deber de información. 3.4.c) El tratamiento de las cláusulas abusivas en la LDC. 3.5) La ampliación de los derechos del consumidor en la Ley 26.361. 3.6) De la normativa especial a la regulación de fondo. 3.7) Su consagración en el Código Civil y Comercial como corolario de una regulación integral.*

#### **3.1) Palabras introductorias**

Este tercer capítulo está dedicado al marco regulatorio de las relaciones de consumo. En orden de jerarquía se analizarán las normas incorporadas en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 que incluyó a los derechos del consumidor entre los “nuevos derechos y garantías”. Analizaremos en profundidad, además, la Ley 24.240, estatuto particular del consumidor, rescatando los aspectos centrales de su regulación y haremos mención a su modificatoria N° 26.361, que amplió la protección del consumidor. Estas normas se integran con la ley N° 22.802, de Lealtad Comercial y con la Ley de Defensa de la Competencia, ley 25.156, conformando, entre todas el estatuto del consumidor.

Finalmente abordemos brevemente su inclusión en el régimen de fondo a partir de la regulación del “piso mínimo” del derecho del consumo en el CCC.

#### **3.2) Génesis histórica**

El estatuto del consumidor se gestó en nuestro país a partir de la sanción de leyes que protegían al consumidor de forma indirecta y que se encontraban contenidas en disposiciones dispersas incluidas en la Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262, la

Ley de Lealtad Comercial 22.802, el Código Alimentario Argentino Ley n° 18.284 y otras normas especiales de protección. Finalmente, la concreción de un sistema de defensa del consumidor con la regulación del contrato de consumo se dio en el años 1993, con la sanción de la Ley 24.240 (Bagalá, 2015).

La reforma constitucional del año 1994 amplió los márgenes de la protección y reconoció al derecho del consumidor, regulando la relación de consumo en el capítulo II como "Nuevos derechos y garantías".

El art. 42 de la Constitución Nacional dispone:

..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 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, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Ese reconocimiento constitucional implicó una reafirmación de la orientación legislativa existente en la ley 24.240, así como el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato en masa, cuyos principales destinatarios son los consumidores y usuarios (Tinti, 2002). De esta forma se constitucionalizó el derecho del consumidor, dentro de la relación de consumo, siendo la base de interpretaciones doctrinarias y judiciales.

Se suma a esto la modificación que la ley 26.361 realizara a la Ley 24.240, que amplió notablemente el régimen de defensa del consumidor con la incorporación del sujeto expuesto a la relación de consumo, y la definición de la relación de consumo, de este modo se armonizan los principales criterios protectorios de la débil jurídico.

A partir de la masificación de los negocios, y de la generalización de las cláusulas predisuestas unilateralmente por el predisponente -que es quien tiene el poder de negociación- el hecho de que la otra parte tenga menos poder de negociación puede ser decisivo toda vez que los sujetos negociales se encuentran en situaciones demasiado desiguales.

No obstante estas leyes tuitivas, las soluciones contenidas en el Código Civil velezano resultaban insuficientes para garantizar la justicia del contrato frente a las contrataciones propias de la vida moderna, donde el principio de la autonomía de la voluntad aparece claramente reducido en función de la mayor o menor presión para contratar en cada caso, en la forma que adopta esa presión y en el sujeto que la impone (Tinti, 2002). Esta situación quedó salvada desde el año 2015 en que entró en vigencia en nuevo Código Civil y Comercial que incorpora al derecho de los consumidores entre sus normas de fondo, dotando a toda el sistema de una protección integral.

La tutela de consumidores y usuarios es así tratada por la Constitución, por el nuevo Código Civil y Comercial y por el régimen especial de la ley 24.240, pluralidad de fuentes que implican un diálogo de soluciones progresistas.

### **3.3) Análisis de la regulación legal**

#### **3.3.a) Marco constitucional**

Si bien la regulación constitucional de la relación de consumo no fue primera cronológicamente, la analizamos primero por su jerarquía.

El reconocimiento de los derechos de los usuarios y consumidores en la Constitución Nacional (en adelante, CN) de 1994 en el capítulo denominado “Nuevos derechos y garantías” como un derecho fundamental de tercera generación implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la época de la Constitución histórica de 1853-60 asentada sobre los dos pilares fundamentales de protección de la propiedad ya adquirida- tal como queda estampado en el art. 17 CN, cuando nos habla de la “inviolabilidad de la propiedad privada”- y de la libertad contractual (Ariza, s/f.).

Posteriormente, el constitucionalismo clásico incorporó la visión social que evidenciaba la preocupación en torno al mundo del trabajo y a la recepción de los derechos estrictamente sociales (art. 14 bis CN). Sin embargo, debieron pasar casi ciento cincuenta años desde la versión original para que se brindara un marco legal a la relación de consumo y los derechos y deberes de los actores involucrados en esa relación. Así, la desigualdad en ciertos contratos —por lo general masivos, estereotipados, predispuestos o de adhesión— hace que el orden público constitucional tenga que salir en defensa del consumidor o

usuario para restablecer un vínculo desigual que ata a un particular con sujetos de enorme poderío económico (Carnota, 2015).

A partir de allí, el mandato constitucional de defensa del consumidor actúa como norma condicionante de todo el sistema normativo por debajo de la Constitución. De a poco, la doctrina y la jurisprudencia fueron tomando conciencia de la magnitud que el art. 42 CN implicaba en el derecho toda vez que ello significa que en aquellos casos que presentan colisión normativa debe tenerse en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional la que resulta ser fuente principal del derecho consumerista y, por tanto, frente a cualquier colisión entre normas de derecho común y la Ley de Defensa del Consumidor, se aplica esta última (Bagalá, 2015). Ese principio protectorio de base constitucional reconoce un conjunto de derechos fundamentales y plenamente operativos frente a las relaciones de consumo<sup>18</sup>.

La CN rescató la fragilidad del consumidor en razón de su debilidad y lo independizó del concepto general de contratante. Su fundamento estriba en la situación de vulnerabilidad del consumidor, en el desequilibrio estructural, tanto jurídico como económico y de información que posee frente al empresario (Lorenzetti, 2009). En este contexto, el Estado se ve obligado a adoptar medidas y políticas públicas a favor de su protección, en donde podemos incluir la previsión constitucional como mecanismo imprescindible para el logro de los objetivos protectorios planteados.

Ahora bien, la CN tutela al consumidor en la relación de consumo, pero no define a la relación de consumo, por lo que resulta una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes (Rossi, 2008). Así se tiene una visión amplia que permita abarcar todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente, siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debiendo comprender todas las situaciones posibles (Lorenzetti, 2009).

---

<sup>18</sup>Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa”, 14/5/2014. Cita: MJ-JU-M-87715-AR | MJJ87715 | MJJ87715.

Es importante destacar la noción de que los consumidores y usuarios tienen derecho “...a condiciones de trato equitativo y digno...” en la relación de consumo. La dignidad se refiere al respeto, y es un derecho que pertenece a toda persona, desde siempre, sin distinción de posición social, y con fundamento en el derecho natural. Y equitativo, quiere decir que, a pesar de que estemos casi siempre frente a los llamados contratos de adhesión, en donde la parte “débil” –el consumidor o usuario- debe, para contratar, adherirse a las cláusulas predispuestas por la parte “fuerte”, debe haber equivalencia entre las contraprestaciones, y no deberán contener - bajo pena de considerarlas inexistentes y por no convenidas- cláusulas abusivas, es decir, “...las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes” (Reglamentación del art. 37° de Ley 24.240).

La norma constitucional configura un verdadero estatuto de derechos y obligaciones que se complementa con la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, que ya estaba en vigencia (Gelli, 2004). La reforma importó un sensible avance en la construcción de un régimen de defensa de los consumidores, en tanto supuso reconocer sus derechos fundamentales. Además, obligó a adecuar la normativa infraconstitucional a las nuevas exigencias que impuso (Hernández, 2009, en Nicolau).

### **3.3.b) Integración de normas a nivel infraconstitucional**

En nuestro país la protección al consumidor se basa sobre tres leyes generales. La primera de ellas es la ley N° 22.802, de Lealtad comercial, que data de 1983. La lealtad comercial procura, por un lado, asegurar que el consumidor disponga de información acerca de las condiciones en que los bienes y servicios son ofrecidos antes de efectuar su opción de compra, y que ella se corresponda con lo realmente suministrado.

La segunda norma es la ley N° 24.240 que analizaremos seguidamente y que se integra con la tercera la Ley de Defensa de la Competencia, ley 25.156. Esta última es un instrumento de ordenación y control de las empresas en el mercado, cuyas conductas desleales pueden afectar la libre competencia y en consecuencia al consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas del mercado. Esto viene a reafirmar que la normativa de la 24.240, mediante su integración con otras leyes, no solo está dirigida a la protección de los consumidores en sí, sino que también está orientada a la transparencia en

los mercados, a la protección de los comerciantes leales y sus prácticas honestas, y a los fines de evitar el abuso de posición dominante por parte de monopolios empresarios.

### **3.4) La Ley de Defensa del Consumidor 24.240**

La Ley de Defensa del consumidor (en adelante, LDC), fue sancionada con anterioridad a su recepción constitucional, en el año 1993. Esta ley especial regulaba soluciones específicas sin regular los aspectos de fondo, los que en tanto no fueran modificados por ley, se regían Código Civil o por el Código de Comercio, según correspondiera (Ariza, s./f.).

El objetivo principal perseguido por la ley fue el de fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, a fin de establecer una situación de equidad y de equilibrio que se hace necesaria en el libre juego de las reglas del mercado (Muiño, 2011).

La LDC se aplicaba dependiendo de dos ámbitos: el ámbito personal y el material u objetivo. El primero está conformado por los dos sujetos del consumo, conceptos provenientes de la ciencia económica y que se trasladaron al lenguaje jurídico: el consumidor o usuario<sup>19</sup> - siempre que el destino del consumo fuera de aprovechamiento final -y el proveedor de bienes y servicios<sup>20</sup> - con la salvedad hecha sobre la prestación del servicio de un profesional liberal- (Wajntraub, 2002).

El ámbito de aplicación material se encontraba en el art. 1° LDC, y exigía que para que el consumidor quedara protegido debía contratar a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social. Debe repararse en que el régimen de protección del consumidor en esta ley resultaba contradictoria con la norma constitucional posterior porque mientras que ésta extendía su aplicación a la relación de consumo, la LDC lo hacía en el estrecho ámbito del contrato oneroso con finalidad de consumo (Lorenzetti, 2009).

---

<sup>19</sup> La LDC 24.240 (actualmente modificada por la Ley 26.361), en su art. 1°, definía al consumidor o usuario como “*toda persona física o jurídica que contrata determinados negocios o servicios a título oneroso para su consumo final o beneficio propio de su grupo familiar o social*”. A su vez, en el art. 2° (párrafo segundo) excluía de la definición a “*quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”.

<sup>20</sup> LDC, art. 2°: “Se encuentran obligados al cumplimiento de esta ley todo proveedor de cosas o servicios, aclarando que se entiende por tal “cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan, comercialicen cosas o presten servicios”.

La LDC para nada se refirió a la relación de consumo. Este concepto fue ignorado, y en virtud de ello la jurisprudencia resolvió muchos conflictos aplicando el Código Civil, frente a situaciones en que el afectado no respondía a la caracterización del consumidor, discernida por la ley (Rinessi y Rey de Rinessi, (s./f.).

### **3.4.a) El principio de interpretación a favor del consumidor como principio rector del sistema**

El funcionamiento del sistema se basa en lo preceptuado por el art. 3 de la Ley 24.240. Dicho artículo incorpora un principio hermenéutico fundamental que establece que la ley se integra con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo y no al revés. Es decir, que la especialidad está dada por la relación de consumo: frente a una colisión entre las normas denominadas de derecho común y las normas de derecho del consumidor, se procurará dar primacía a estas últimas, siempre buscando armonizar el sistema normativo.

Por otra parte, el citado artículo establece que en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la ley, prevalecerá siempre lo más favorable al consumidor. Se establece un principio *in dubio pro consumidor*, similar al *in dubio pro operario* del derecho laboral o al *in dubio pro reo* del derecho penal, reconociendo así una suerte de desventaja respecto a una de las partes de la relación (Lorenzetti, 2009).

### **3.4.b) El deber de información**

En virtud de las asimetrías, conforme a los fines que inspiraron su dictado (*favor debilis*), la LDC otorga una tutela particular frente a la situación descrita de desventaja en que se encuentra el consumidor e impone el deber de informar a cargo del proveedor (art. 4 LDC); en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la información de los consumidores o usuarios (Lorenzetti, 2009). La regulación y las soluciones que trae este artículo resultan centrales para aliviar la vulnerabilidad del consumidor. El deber de informar en las relaciones de consumo tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, la que se vería afectada ante la ausencia o insuficiencia de información con una incidencia disvaliosa en el discernimiento, por ello, debe darse una eficiente información de modo tal que el consumidor tenga capacidad de discernimiento libremente intencionado direccionado hacia la finalidad perseguida en la

contratación. La consagración constitucional del *derecho a la información* ha elevado al mismo al carácter de principio general del derecho del consumidor, derivándose de ello una necesaria incidencia de éste en la interpretación de normas legales y decisiones judiciales o administrativas<sup>21</sup>.

Existe una obligación precontractual a cargo del proveedor de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente (el art. 42° de la CN dice “adecuada y veraz”) sobre las características esenciales de los productos o servicios, por parte de quienes los produzcan, importen, distribuyan o comercialicen (Brizzio, 1998).

### **3.4.c) El tratamiento de las cláusulas abusivas en la LDC**

La LDC no habla de cláusulas abusivas, sino que utiliza la expresión “cláusulas que se tendrán por no convenidas” en el art. 37<sup>22</sup> referido a la interpretación (Ritto, 2014) y se refiere a aquellas cláusulas:... *“que conlleven a una desnaturalización de las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”*.

El artículo regula dos situaciones distintas: a) las cláusulas objetivamente inválidas – o principios generales o abiertos- y b) las cláusulas subjetivamente inválidas –o supuestos particulares-.

---

<sup>21</sup>Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, “Galera Laferrere Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”, 4/8/2014. Cita: MJ-JU-M-87477-AR | MJJ87477.

<sup>22</sup> Art. 37 LDC: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

Las cláusulas objetivamente inválidas surgen de la primera parte de la norma que dispone que las cláusulas *se tendrán por no convenidas*, esto es, que no existen, por cuanto no media acuerdo de voluntades. Así, se opera la declaración de inexistencia de las cláusulas que el ordenamiento reputa abusivas en forma expresa o a través de normas abiertas delegando en el Juez su determinación.

Las cláusulas subjetivamente inválidas están contempladas en el último párrafo del citado artículo 37. En este caso, la ley contempla tres supuestos – a) que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración; b) transgreda el deber de información, c) o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial- que *pueden generar la nulidad total o parcial del contrato*, y que no se centra en la inequidad de éstas, sino en las condiciones previas que le dan base ante la conducta abusiva por parte del proveedor o prestador. Esto significa que las cláusulas pueden no ser abusivas conforme el artículo 37 1° párr. o sus normas reglamentarias, pero sí tornarse nulas ellas o el contrato íntegro, en virtud de la falta de cumplimiento del deber de buena fe, de la falta de información, o de la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial. A diferencia de las cláusulas objetivamente inválidas, aquí sí debe mediar una declaración de nulidad de la norma contractual que hasta ese momento existía en el mundo jurídico, aunque viciada (Bagalá, 2015). Para estos casos, el juez deberá integrar el contrato en caso de declarar la nulidad parcial.

### **3.5) La ampliación de los derechos del consumidor en la Ley 26.361**

La Ley 26.361 del año 2008 provocó la ampliación y la definición de ciertas figuras esenciales en la defensa de los derechos del consumidor, recogiendo el juego de las otras fuentes del derecho, en especial la doctrina y la jurisprudencia; la primera como orientadora y disparadora de nuevos horizontes, y la segunda como instancia de consolidación de los avances normativos paulatinamente logrados.

Fue así que entre muchas otras modificaciones que exceden los objetivos de este trabajo, modificó el concepto de consumidor, enmarcado en la tendencia a la ampliación, principalmente, en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor, pero sin calificar dentro de la categoría. Así, el principio protectorio se amplió a favor de quien sin ser parte en una

relación de consumo, "como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios"; b) "A quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", vale decir, el denominado *bystander* (Alterini, 2008).

Por lo tanto, queda incluida toda persona en la medida en que lleve a cabo su "acción de consumir" en el marco del escenario fáctico y jurídico que la ley toma como contexto para su aplicación. En un intento de incluir todas las situaciones posibles que se consideren ubicadas dentro de la relación de consumo, la ley se refiere a este aspecto expresando que también se halla dentro de la aplicación de la normativa de consumo a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo.

En lo referente a la noción de "proveedor" se mantiene en general la conceptualización amplia que efectuaba la ley 24.240, tendiente a alcanzar a cualquier sujeto que, por su actuación profesional en el mercado, se sitúa del lado de la oferta de productos y servicios. Pero en este sentido, el nuevo texto del art. 2º resulta más abarcativo, pues enuncia un mayor número de actividades que pueden ser desarrolladas; así, se incluyen ahora tareas tales como "montaje", "construcción", "concesión de marca", etc.

Con relación a los actos de consumo, a diferencia del sistema anterior, el legislador se propuso abarcar una mayor cantidad de situaciones que las previstas anteriormente. Para ello eliminó los posibles objetos de los contratos de consumo tal como estaban contemplados y se incluyó a los contratos gratuitos. En la actual regulación, habrá contrato de consumo cuando se configuren los extremos de la relación de consumo, en los términos descritos por la ley (proveedor y consumidor) y no se trate de un supuesto expresamente excluido (v.gr. profesionales liberales dentro de ciertas circunstancias). La nueva redacción permite incluir en la noción de consumidor a todo aquél que celebre un contrato o negocio jurídico, sobre todo los relacionados a "*la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines*".

Además, las cosas pueden ser nuevas o usadas, lo cual resulta que se ha eliminado la exclusión de los contratos "*cuyo objeto sean cosas usadas*", tal como se establecía en la norma original.

Respecto de la “relación de consumo” nos parece atinado recordar su derrotero legal. La LDC no se refirió ella, sino que se aplicaba materialmente a los contratos de consumo onerosos. El art. 42 de la CN amplió el concepto refiriéndose a la relación de consumo, término más amplio al que no definió. Así las cosas, el nuevo art. 1° de la ley modificada, al suprimir los tres incisos del texto originario, eliminó la delimitación del ámbito objetivo que acotaba el alcance de la ley 24.240, lo que importó extender su ámbito de aplicación, en consonancia con el art. 42, CN., ya que ahora queda condicionado a la noción amplia de la relación de consumo, entendida –de acuerdo con el nuevo art. 3- como vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener fuentes diversas: un contrato; un acto ilícito o un acto jurídico unilateral (Lorenzetti, 2009).

El art.3 de la ley 26.361 define a la relación de consumo como “*el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”. No dirige la ley su aplicación a la relación de consumo, sino al sujeto que describe en su art.1° (Rinesi y Rey de Rinesi, s./f.). La laxitud con la que ahora aparece definido el concepto legal del sujeto protegido por la norma, sumado a la indeterminación de la “relación de consumo”, permite encontrarnos con nuevos sujetos “consumidores”, ya sea en concreto o en grado potencial, ya individuales o colectivos, que difícilmente podrán encuadrarse en un único concepto teórico que contenga todas las hipótesis y, a la vez, delimite con cierto rigor los contornos de la figura amparada (Rusconi, 2008).

Estas innovaciones significan el punto de partida para una expansión verdaderamente trascendental del universo de relaciones jurídicas que quedaron comprendidas por el régimen especial. Recuérdese que la Ley 24.240 asimiló la “relación de consumo” del art. 42 de la CN, a la de “contratación a título oneroso” contenida en la ley, encorsetándose a un estrechísimo campo el vigor de estos derechos. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de distintos fueros y jurisdicciones lograron superar en mucho los alcances originarios de la tutela legal. Aun cuando la expresión fuera ambigua, la relación de consumo supone un convenio celebrado, del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes aunque, desde luego y en otros supuestos, podría corresponder la responsabilidad extracontractual prevista en el Código Civil (Gelli, 2004).

La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la LDC, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual (Hernández y Frustagli, 2008). Esto permite discernir que la relación de consumo, como principio general de aplicación de la ley, resulta una consecuencia de la subordinación de la ley 26.361 a la norma constitucional.

Otros aspectos salientes de la reforma tienen que ver con el deber de información contenido en el art. 4º<sup>23</sup>. El texto no mejora al anterior, en cuanto éste también exigía que la información fuera "veraz", "objetiva", "detallada", "eficaz y suficiente", pero agrega el deber de informar al consumidor sobre las condiciones de comercialización (Alterini, 2008). Este derecho a la información visto desde la óptica del consumidor actúa no solo en la etapa precontractual sino también durante la ejecución del contrato. En el primer supuesto, la información de todas aquellas circunstancias que refieren a la prestación en sí y a las condiciones económicas y jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, tiende a facilitar la emisión de un consentimiento esclarecido, informado y por lo tanto plenamente eficaz; en el segundo caso, se presenta como un efecto del contrato perfeccionado que apunta a que el consumidor o usuario pueda hacer valer sus derechos.

Esta obligación se extiende durante la relación de consumo. Abarca todo el *iter* contractual y aun luego de la conclusión de éste. Al respecto, El art. 4º del decreto reglamentario de la ley 24.240, nº 1798/94, establece que el proveedor tiene la obligación de informar en todo momento acerca de la peligrosidad que hubiese advertido o descubierto con posterioridad a la introducción del producto en el mercado, aun cuando ya los efectos de la relación con el consumidor singular se hayan agotado; constituyendo un supuesto de un deber de información post contractual. En la etapa precontractual persigue que el usuario sea correctamente instruido antes de concretar la operación para así poder prestar un consentimiento lúcido, pudiendo prever las vicisitudes del vínculo jurídico. Luego debe contribuir a la ejecución del contrato (utilización del producto o servicio, etc.) y/o a la prevención de riesgos (Nager, 2012).

---

<sup>23</sup> Artículo 4 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361 dispone: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

La obligación de informar en las relaciones de consumo debe entenderse dentro del principio de transparencia que se impone que gobierne en las relaciones patrimoniales excediendo, por tanto, el campo propio de las relaciones de consumo, donde ha tenido su mayor desarrollo, para expandirse a un contexto más amplio abarcativo de todo intercambio intersubjetivo patrimonial.

El art.8° bis<sup>24</sup> se refiere al *trato digno y las prácticas abusivas*. La norma resulta encomiable, toda vez que es de práctica corriente que se tengan conductas reñidas con la cortesía y el respeto a la persona. Finalmente, sobre la *Interpretación y cláusulas abusivas* La ley 26.361 dejó intacto el artículo 37 de la ley 24.240, según el cual también "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor (Alterini, 2008).

### **3.6) De la normativa especial a la regulación de fondo**

En nuestros días, el derecho de defensa del consumidor se ha desarrollado y alcanzado su madurez, como una verdadera rama especial del derecho, con notas que permiten distinguirla de las otras ramas clásicas, pero teniendo una naturaleza interdisciplinaria o multidisciplinaria que permite abordarla desde distintos puntos de vista. La ampliación del fenómeno del derecho del consumo hace que en la actualidad casi todas las relaciones jurídicas caen bajo la órbita de este estatuto protectorio. La reforma de la ley, la evolución de la jurisprudencia y las interpretaciones propiciadas por la doctrina han ampliado considerablemente su campo de aplicación.

La evolución de la normativa en la materia reviste suma trascendencia no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista económico, dado que el consumidor es un eslabón fundamental en el crecimiento de un país.

En nuestros días, por lo tanto, disfrutamos de la genérica aplicación del régimen del consumidor en ámbitos que resultaban primeramente cuestionados, como ser los contratos bancarios, los contratos de seguros, el contrato de tiempo compartido, la responsabilidad en materia de concesiones de servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios, etc. (Frustagli y Hernández, 2008). Existe un criterio consolidado sobre la configuración de la

---

<sup>24</sup> Artículo 8 bis de la ley 24.240 introducido por la ley 26.361 establece que "Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios".

relación de consumo, que abarca desde el hecho de consumo hasta el acto de consumo, incluyéndose las prácticas abusivas en materia de publicidad engañosa, y la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización.

Después de la modificación, y en vista al futuro, Alterini (2009, T.I, pág. 88) se planteaba el interrogante acerca de “...cómo se articulará el nuevo sistema de reglas y principios, y cuál será el perfil en ese sistema del derecho civil y el derecho comercial que conocemos -unificado o no-, ante la irrupción expansiva del derecho de las relaciones de consumo”.

### **3.7) Su consagración en el Código Civil y Comercial como corolario de una regulación integral**

Aquel planteo nos trae a nuestra realidad, en la que el derecho del consumo pasó a formar parte de la regulación de fondo en nuestro ordenamiento. El Código Civil y Comercial (CCC) junto con la CN, busca establecer un piso mínimo de derechos para el consumidor en el texto del nuevo código, y la ley 24.240 quedaría como una ley especial que amplía dichos derechos, dado que la incorporación de algunas normas relativas a la defensa del consumidor no ha supuesto la derogación del régimen especial, que en gran medida se preserva.

De esta manera, se persigue una adecuada articulación entre las normas del CCC - como sistema general- con la legislación especial – como microsistema de defensa del consumidor -mediante un diálogo de las fuentes. En esa articulación será de gran importancia lo dispuesto en el art. 1094 CCC, ya que, bajo el título “Interpretación y prelación normativa” se afirma que “...las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor” (Nicolau y Hernández, 2012, en Rivera).

Se prevé que las cláusulas abusivas son las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias (en términos similares a los

que ya brinda la LDC); y agrega la categoría de las *cláusulas sorprendivas*: aquellas que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Esta categoría permite incluir como cláusulas abusivas aquellas que violentan la finalidad económica jurídica del contrato. Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La integración del contrato por el Juez tiene pues carácter excepcional, sólo se justifica si se arruina la finalidad del contrato (Ritto,2015).

El análisis profundo de la regulación de las prácticas y de las cláusulas abusivas se hará en el capítulo siguiente.

## **Capítulo 4**

### **Cláusulas abusivas nuevo código civil y comercial**

*Sumarios: 4.1) Palabras introductorias. 4.2) Prácticas y cláusulas abusivas. 4.3) Breves antecedentes de las cláusulas abusivas en nuestro derecho. 4.4) Tratamiento de las cláusulas abusivas en nuestro derecho. 4.4.a) El tratamiento jurisprudencial. 4.4.b) El tratamiento legal. 4.4.b.i) La ley de Defensa del Consumidor. 4.4.b.ii) Las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. a) Razones para la regulación legal de las cláusulas abusivas. b) Ubicación. c) Principios. d) Regulación legal. 4.5) Tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y en los de consumo. 4.5.a) Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas. 4.5.b) Los contratos de consumo. 4.5.b.i) Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. 4.5.b.ii) Situación jurídica abusiva en los contratos de consumo. 4.5.b.iii) Las prácticas abusivas en los contratos de consumo. 4.6) Régimen de control de las cláusulas y prácticas abusivas. 4.6.a) Control legislativo. 4.6.b) Control administrativo. 4.6.c) Control judicial. 4.7) Límites a las cláusulas abusivas.*

#### **4.1) Palabras introductorias**

En el final del segundo capítulo esbozamos algunos aspectos básicos de las cláusulas abusivas y del ámbito en el cual pueden darse. El tema de las cláusulas abusivas constituye una de las problemáticas vitales en las contrataciones de consumo que siempre lo son por adhesión (aunque no todos los contratos de adhesión son de consumo) y particularmente es el núcleo de esta investigación.

Las prácticas comerciales llevadas a cabo por los proveedores y a las que nos referimos el capítulo I, en tanto involucran una cantidad de procedimientos que intentan fomentar el consumo de bienes y servicios, si bien pueden generar actos de comercialización lícitos, deben estar fuertemente controlados por el ordenamiento jurídico

para que sean *sanos* para proteger a un sujeto de consumo que se encuentra en inferioridad de condiciones (Kemelmajer de Carlucci, 2015)<sup>25</sup>.

El ámbito en el cual pueden verificarse las prácticas abusivas es sumamente extenso, adoptando, además, particularidades en cada campo (medicina prepaga, bancos, seguros, telefonía, etc.). Normalmente se relaciona en términos generales con el incumplimiento de los deberes de información y publicidad, con el modo agresivo en que se intenta buscar potenciales clientes por medios informáticos, con sobreventa de bienes, etc.

Por lo tanto, y dada la extensión de todas las posibles situaciones abusivas, el límite de cualquier práctica deberá evaluarse a la luz de los principios fundamentales del derecho, tales como el principio de buena fe, del abuso del derecho, del orden público y de las buenas costumbres.

En este último capítulo abordaremos las cláusulas abusivas desde una perspectiva legislativa, doctrinaria y jurisprudencial para analizar cómo el sistema jurídico reacciona frente a ellas en el amparo de los consumidores o usuarios.

#### **4.2) Prácticas y cláusulas abusivas**

En la Sección Primera dedicada a la “Formación del consentimiento” aparecen las *Prácticas Abusivas*. Cuando hablamos de “prácticas abusivas” hablamos de conductas abusivas en tanto la lesión al interés del consumidor puede surgir no sólo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de modos de aplicación de éstas o, sencillamente, de conductas no descritas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Estas normas son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados, conforme al 1092<sup>26</sup>. Su regulación es amplia y bastante indeterminada debido a que las situaciones son tan variadas, que al legislador no le queda otro remedio que usar conceptos jurídicos indeterminados y evitar enumeraciones que nunca serán totalmente

---

<sup>25</sup> Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; en Kemelmajer de Carlucci, 2015.

<sup>26</sup> Art. 1092: “Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

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

satisfactorias. El norte para implementar la norma está dado por las bases que sienta la Constitución Nacional para el trato equitativo y digno de los consumidores<sup>27</sup>, principio se consagró en forma expresa con la reforma de la LDC del año 2008<sup>28</sup> de manera que el CCC flexibiliza su aplicación a través de conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

El CCC se ocupa separadamente de las “cláusulas abusivas” y de las “prácticas abusivas<sup>29</sup>”, lo que demuestra que para que haya una práctica abusiva no es indispensable que exista una cláusula abusiva. Bien puede llevarse a cabo una conducta abusiva ejerciendo un derecho totalmente legítimo pero que, según las circunstancias, genere un perjuicio ilegítimo al cocontratante. Esas prácticas abusivas pueden darse en la etapa precontractual como al tiempo de ejecutarse o terminar el contrato (Rubín, 2015). El tema de las cláusulas abusivas se incluye, como tantos otros, en uno más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc. (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

La inserción de cláusulas abusivas como tantas otras prácticas constituyen una manifestación de abuso por excelencia, pues implican una situación de aprovechamiento de la debilidad del consumidor y, además de tenerlas por no convenientes, conllevan otras

---

<sup>27</sup> Art. 42 de la CN: “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 información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

<sup>28</sup> Art. 8 bis LDC: “Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

<sup>29</sup> Art. 1096 CCC: “Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.

consecuencias jurídicas como el daño moral autónomo por la mera inclusión de cláusulas abusivas (Weingarten, 2011).

#### **4.3) Breves antecedentes de las cláusulas abusivas en nuestro derecho**

Tanto en la doctrina nacional como en el Derecho Comparado desde hace largo tiempo que se viene profundizando sobre el fenómeno de las cláusulas abusivas. Ariza (2008) señala tres momentos en la regulación legal: a) el primero coincide con la aparición de los contratos por adhesión, lo que en nuestro país se dio tímidamente a fines de la década del 30. Sin embargo, durante muchas décadas la doctrina fue muy escasa y dispersa. b) el segundo momento lo marca la normativa sobre defensa del consumidor y usuario, a principios de la década del '80 plasmado en la Ley de Lealtad Comercial; y, c) el último, se dio desde allí hasta la regulación de la LDC y de la reforma constitucional posterior que elevó el plexo consumeril a la categoría de derecho constitucional. Agregamos un último momento, que es la reciente incorporación de los derechos del consumidor en el ordenamiento de fondo en el CCC.

Desde su regulación originaria, la jurisprudencia fue bastante pendular en la protección a favor del consumidor. Por momentos se mostró un endurecimiento y en otros momentos un ablandamiento en los pronunciamientos.

En los comienzos, se entendía que los contratos predispuestos, celebrados sobre la base de condiciones generales, a las cuales se adhería la parte débil respondían a una situación excepcional. Se sostenía que su presencia sólo se explicaba cuando mediaba un monopolio o un oligopolio, puesto que la competencia de varios proveedores en el mercado, quitaba sentido a la predisposición unilateral. Más tarde, lo excepcional se volvió ordinaria y pasó a ser más frecuente el sistema de negociación por la adhesión. La distinción entre contratos discrecionales, negociados entre iguales y los celebrados por adhesión se inició entonces atendiendo a la manera de llegar al consentimiento, y con el tiempo pasó a la calidad de los contratantes: si profesionales o no, si del mismo o de diferente poder de negociación; si proveedores o consumidores de bienes o servicios.

Se protege de las cláusulas abusivas al débil frente al fuerte; al consumidor frente al proveedor (Mosset Iturraspe, 2001).

#### **4.4) Tratamiento de las cláusulas abusivas en nuestro derecho**

##### **4.4.a) El tratamiento jurisprudencial**

Las prácticas comerciales abusivas impactan en un amplio campo y se vinculan a cuestiones muy diversas, muchas de las cuales tienen que ver con el incumplimiento del deber de información y publicidad: el *overbooking* o sobreventa, el acoso a clientes potenciales, etc. En el comercio informático aparecen, entre otras, el *spamming* (envío de mails no solicitados) (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

También la jurisprudencia ha considerado abusivas las cláusulas que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato. En los casos de contratos de prestación de servicios de medicina prepaga, comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios por tiempo indeterminado, la autoridad de aplicación fijó pautas y criterios objetivos para la modificación unilateral del contrato por parte del proveedor (Centanaro, 2011). La Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, Defensa del Consumidor, incluye un listado de cláusulas abusivas en los contratos de telefonía celular (Anexo I), servicios financieros y /o bancarios (Anexo II) medicina prepaga (Anexo III) (Ritto, 2015).

A continuación expondremos algunas resoluciones de estos ámbitos en los que más abundan este tipo de cláusulas y sobre los que la justicia se ha expresado en reiteradas ocasiones.

##### **I) Telefonía móvil**

Resulta abusiva la cláusula incluida en la solicitud de servicio que supedita la facultad de terminación, resolución o rescisión contractual a la previa cancelación de una suma de dinero que se adeuda en concepto de cargo de activación que, en caso de no abonarse, genera aún más deuda, pues se incluye en los gastos fijos mensuales de un servicio del cual se pretende su cancelación, imponiéndose en consecuencia una sanción pecuniaria a la actora, por infracción del art. 37 de la ley 24.240<sup>30</sup>.

##### **II) Actividad bancaria**

---

<sup>30</sup> Cám. Apel. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala: I. “CTI PCS S.A. - CTI Móvil c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”. 10/3/2011. Cita: MJ-JU-M-63367-AR | MJJ63367 | MJJ63367.

En una resolución judicial<sup>31</sup> se condenó al banco demandado a indemnizar al actor por haberle debitado de su cuenta sueldo una deuda que tenía con el mismo banco pero por su tarjeta de crédito, pues la cláusula que lo habilitaba a hacerlo se reputó abusiva.

La facultad de cobro que habilitaba al banco a cobrar su crédito mediante el débito automático acordado con el deudor debía recaer sobre cuentas de caja de ahorro o cuenta corriente para cubrir descubierto. Resultaba contrario con la finalidad de la normativa que habilitaba al ente financiero a percibir de tal manera los créditos y, asimismo, contrario a la moral, las buenas costumbres y la buena fe, que a través de este mecanismo se le sustraiga - ni bien lo deposita el empleador- la totalidad del sueldo al deudor, dejándolo sin remuneración alguna; que es la situación que precisamente procura impedir la legislación - de orden público- que limita la embargabilidad de los haberes. Por lo tanto, el banco ejerció ejercido abusivamente su derecho al cobro (cf. art 1071 CC).

En el contrato de adhesión de caja de seguridad, redactado por los bancos con cláusulas predispuestas, se encuentran disposiciones que prácticamente siempre fueron consideradas leoninas por la justicia que las declaró nulas (Zingman de Domínguez, 2015). Se ha resuelto que resulta abusiva la cláusula que establece la limitación o exoneración de responsabilidad escrita la total exención de responsabilidad por toda clase de violencia sobre cajas de seguridad, por contravenir los incs. a) y b) del art. 37 de la ley 24240, al excluir el deber de custodia y seguridad, obligación principal de este tipo de contratos<sup>32</sup>.

### **III) Medicina prepaga**

El derecho a la salud es un derecho reconocido constitucionalmente (art. 75 inc. 22 CN) y también tiene su reconocimiento internacional en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 y también la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 25.1. y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI). Cuando el disfrute de ese derecho se encuentra en el marco de un contrato de medicina prepaga realizado por adhesión a cláusulas predispuestas entre una empresa de salud y el afiliado, deben desconocerse por abusivas aquellas cláusulas que

---

<sup>31</sup> Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, “Brizuela, Diego Antonio c/ Banco Río S.A. s/ daños y perjuicios”, 11/2/2012. Cita: MJ-JU-M-71843-AR | MJJ71843 | MJJ71843.

<sup>32</sup> Cám. Nac. Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala: I, “Lloyds Bank (BL SA) Ltd c/ Secretaria de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI 1025/99 s/”, 22/9/2000. Cita: MJ-JU-M-5424-AR | MJJ5424 | MJJ5424.

no han sido originariamente pactadas o limitan la responsabilidad en la cobertura de las prácticas médicas contratadas<sup>33</sup>. También las cláusulas que contengan la posibilidad de que una de las partes pueda modificar, alterar o retocar el contrato luego de firmado y de acuerdo a sus conveniencias<sup>34</sup>.

La prestadora de un servicio de medicina prepaga no puede pretender la aplicación del art. 1198 CC alegando que la prestación a su cargo se tornó extremadamente onerosa, pues este sistema de medicina tiene un ingrediente aleatorio semejante al del seguro que lo obliga a afrontar esa mayor onerosidad que debió tener en cuenta al efectuar los cálculos actuariales tendientes a fijar el precio del servicio<sup>35</sup>.

Tales por ejemplo, las que discriminan por razones de edad avanzada, impone, a quienes arriban a cierta altura de su vida, afrontar un encarecimiento sustancial y diferenciado de su cuota al margen de las condiciones de incremento generales que son propias de la índole de las prestaciones y que pesan parejamente sobre todos los adherentes a un mismo plan. Disposiciones de esa naturaleza se apartan de la finalidad misma del contrato (protección de la salud y la vida humana del afiliado), alterando la ecuación económica de su sinalagma funcional (principio conmutativo). Esto es lo que se considera abusivo e igualmente inaceptable es el ejercicio de esta facultad si se pretende fundarlo en la mayor utilización del servicio por parte del afiliado, por cuanto supone un traslado injustificado de riesgos, que ya deben haber sido previstos estadísticamente al efectuar la prospectiva económica del contrato.

Sin embargo, no todo aumento de las cuotas puede ser tenido sin más como abusivo. En un pronunciamiento se declaró improcedente la nulidad de la cláusula que prevé el incremento de la cuota mensual de la prepaga desde que el consumidor alcanza los 65 años, en tanto se justifica por un requerimiento más frecuente de los servicios médicos dada la mayor edad del afiliado. No obstante, sí podrá ser procedente la admisión judicial de una modificación de la cláusula cuando exista un incremento fundado en ese cambio de

---

<sup>33</sup> CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de M. de I., J. M. c. Asociación Civil Hospital Alemán", 16/4/2002.

<sup>34</sup> Cám. Nac. Civ., Sala H, "Peña de Márquez Iraola, J. M. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/daños", 20/2/1998. JA 1998 IV 496.

<sup>35</sup> Cám. Nac. Com., Sala E, "De Oromi Escalada, M. v. Galeno Previsión S.A. s/sumario", 3/4/1997.

categoría por razones de mayor edad en ciertas circunstancias en las cuales se omitió dar aviso a los afiliados<sup>36</sup>.

#### **4.4.b) El tratamiento legal**

Amén de su reconocimiento constitucional y de su regulación en otras leyes especiales, rescatamos en este punto la regulación de la LDC y la del CCC.

##### **4.4.b.i) La ley de Defensa del Consumidor**

Como la lesión al interés del consumidor puede surgir no sólo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de modos de aplicación de éstas o, sencillamente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas, se hace necesario regularlas de un modo lo suficientemente amplio que puedan verse amparadas muchas situaciones variadas. Por esta razón el legislador de la LDC optó por usar conceptos jurídicos indeterminados y evitar enumeraciones que nunca serán totalmente satisfactorias (Ariza, 2008).

Genéricamente las cláusulas abusivas se encuadran dentro de tres marcos posibles

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Si bien la Ley 24.240 no brindaba una definición de cláusulas abusivas, se refería a ellas en el capítulo IX “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”, artículos 37,38 y 39. En cambio, el decreto 1798/94, sí brindó una definición al reglamentar el artículo 37 estableciendo que: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten

---

<sup>36</sup> Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial: Sala: F, “Asociación Protección Consumidores Del Mercado Común Del Sur - Proconsumer- c/ Galeno Argentina S.A. s/ sumarísimo”, 11/11/2014. Cita: MJ-JU-M-93970-AR | MJJ93970.

inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes” (Stiglitz, s./f.).

El criterio amplio y generalista adoptado describe sólo tres tipos de cláusulas que considera abusivas y, por tanto, ineficaces. Se propuso un listado genérico de cláusulas que infrinjan criterios de abusividad, introduciendo la primera herramienta jurídica de protección del consumidor, atento que en nuestro ordenamiento jurídico sólo contábamos hasta ese momento con el abuso del derecho (art. 1071 CC), con la teoría de la lesión del art. 954 del mismo cuerpo normativo y con un listado de cláusulas nulas en el art. 14 de la ley 25.065<sup>37</sup> de tarjeta de crédito (Ritto, 2015).

Se ratifica, en el artículo 37, el principio “In dubio pro consumidor”. La jurisprudencia argentina ha aplicado este criterio, aún antes de la sanción de la ley 24.240, en fallos referidos a contratos con cláusulas predisuestas, que mantuviera posteriormente, aún con más énfasis y mejor fundamento, aplicando lisa y llanamente, el texto legal vigente (Estigarribia Bieber, 2001).

#### **4.4.b.ii) Las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial**

##### **a) Razones para la regulación legal de las cláusulas abusivas**

Según las razones expuestas en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código, la regulación en el ordenamiento de fondo es una implementación del principio constitucional del *trato digno* contenido en el art. 42 CN aplicado a los consumidores y a las personas expuestas, principio que ya se encontraba en la originario ley 24.240, pero que ahora es ampliado (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

---

<sup>37</sup> Serán nulas las siguientes cláusulas: a) Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente ley, b) Las que faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato, c) Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen, d) Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión contractual, e) Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación, f) Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada, g) Las que impongan compulsivamente al titular un representante, h) Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito, i) Las que importen prorroga a la jurisdicción establecida en esta ley, j) Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de Tarjeta de Crédito.

## **b) Ubicación**

En nuestro caso, la definición general de cláusula abusiva aparece recogida en el microsistema del contrato de consumo, particularmente, en el art. 1119 del CCC que refiere a la cláusula que “tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. La definición sigue, y perfecciona, la que establece el art. 37 del decreto reglamentario de la LDC. No obstante, aquella definición puede ser considerada una definición general válida para todo el ordenamiento jurídico –con la sola aclaración de que el perjudicado será, en general, el adherente–.

Pero además, debe desatacarse que las normas del tipo general del contrato sobre cláusulas abusivas dialogan con las propias del contrato de consumo, siendo éstos una fragmentación de aquel tipo general. Por ello, las normas dedicadas a las cláusulas abusivas del contrato de consumo (arts. 1117 a 1122), inician remitiendo a las reglas generales de los arts. 985 a 988 CCC. Este método resulta destacable en tanto eleva las soluciones al ámbito de la teoría general del contrato, superando la estrecha visión que regulaba la cuestión únicamente en los contratos de consumo (Stiglitz, 2015; Valicenti, 2016).

## **c) Principios**

Antes de analizar el tratamiento específico de las cláusulas abusivas en el CCC es conveniente mencionar ciertos principios que tienen aplicación en el tema y que servirán para asentar todo el sistema del funcionamiento de las cláusulas abusivas.

Primeramente se mantienen como un estándar los tradicionales principios *de buena fe*<sup>38</sup>, tanto como principio general de todo el ordenamiento jurídico (art 9), y como principio rector en cualquier tipo de negociación (art. 1061), acompañado por el de *abuso del derecho*<sup>39</sup> como modo de proteger el ejercicio regular de los derechos.

---

<sup>38</sup> Artículo 9 CCC: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena Fe”; Artículo 1061 CCC: “Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”.

<sup>39</sup> Artículo 10 CCC: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los

Como hiciéramos mención en el Capítulo 1, la trascendencia de esta regulación radica en que este principio fue incorporado en el Título Preliminar del nuevo ordenamiento, lo que revaloriza el principio y lo hace aplicable a todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular. Se confiere, además, la potestad del juez para evitar los efectos del acto abusivo y, en su caso, la reposición al estado anterior de las cosas y fijar una indemnización (Casadío Martínez, 2013).

Para dar coherencia al sistema se agrega un principio de gran trascendencia, el del *abuso de la posición dominante*<sup>40</sup>, el que puede darse de diversas maneras, sea por un ejercicio abusivo de los derechos que surgen de la posición dominante en el mercado, sea directamente por una actuación de mala fe (Rossi, 2012). Cuando esos excesos resultantes de la disparidad de fuerzas entre el empresario principal y el agente, distribuidor o concesionario que conforman actitudes ilegítimas se dan a través del mismo contrato, hablamos de “cláusulas abusivas”, pero cuando se manifiestan por medio de otros comportamientos del principal, estamos ante lo que se ha dado en llamar las “prácticas abusivas” (Rubín, 2015).

Estos tres principios generales contenidos en el Título preliminar del CCC inciden en el derecho de consumo (Condomí, 2015; Rubín, 2015).

#### **d) Regulación legal**

El nuevo ordenamiento civil y comercial ha dispuesto una extensa batería de dispositivos tendientes a evitar el daño a los consumidores mediante el uso de las cláusulas abusivas. Siguiendo la línea del art. 37 LDC, el CCC establece un sistema abierto de cláusulas facilitando la discrecionalidad judicial y una mayor amplitud en cuanto a su aplicación ya que resulta adaptable a distintas formulaciones. Por lo tanto, sin derogar las normas sobre cláusula abusivas -aunque adecuando su redacción- amplió la regulación sobre las mismas con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo que quedan alcanzadas con amplitud una cantidad de situaciones a las que tanto los

---

efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

<sup>40</sup> ARTÍCULO 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

jueces, la doctrina o la legislación especial deben desarrollar (Bagalá, 2015; Kemelmajer de Carlucci, 2015).

Esta descripción genérica de las cláusulas abusivas<sup>41</sup> no prevé un listado de cláusulas prohibidas (Lovece, 2015). El CCC mantiene la metodología adoptada por la LDC en tanto establece una fórmula<sup>42</sup> o tipo general y prohibiciones particulares o específicas enmarcadas en la prohibición de las prácticas abusivas. Tales son las referidas a las “prácticas vejatorias o vergonzantes”<sup>43</sup>; las “prácticas discriminatorias”<sup>44</sup> y las “prácticas limitativas a la libertad de contratar”<sup>45</sup> (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

#### **4.5) Tratamiento de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y en los de consumo**

En el CCC encontramos un tratamiento relativo a las cláusulas abusivas tanto para los contratos “por adhesión” (Art. 984 a 989 CCC) como para los “de consumo (art. 1117 CCC). Este artículo vincula la regulación de los contratos celebrados por adhesión y los contratos de consumo, pero mientras que en los primeros se tiene en cuenta la *forma de prestar el consentimiento* —adhiriendo a condiciones predispuestas—, en los segundos se tiene en cuenta las *características de vulnerabilidad* de uno de los contratantes.

Por lo tanto, todas las normas interpretativas previstas para los contratos celebrados por adhesión serán aplicables a todos los contratos de consumo, incluso a los negociados (Ritto, 2015).

A continuación los analizaremos separadamente.

---

<sup>41</sup> Artículo 1119 CCC: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

<sup>42</sup> Artículo 1097 CCC: Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

<sup>43</sup> Artículo 1097 CCC última parte: “Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

<sup>44</sup> Artículo 1098 CCC: “Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio”.

<sup>45</sup> Artículo 1099 CCC: “Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor”.

#### **4.5.a) Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas**

Los artículos aplicables a los contratos celebrados por adhesión son muy similares al art. 37 de la LDC. Comenzando por su artículo 987 CCC, el legislador escribe sobre la interpretación de las cláusulas ambiguas predispuestas, en sentido contrario a la parte predisponente.

Con posterioridad expresa que se tendrán por no escritas; toda cláusula que desnaturalice las prestaciones a cargo de predisponente; las que restrinjan los derechos del adherente o amplíen los del predisponente derivados de normas supletorias y las que no sean razonablemente previsibles en razón de su redacción, contenido o presentación<sup>46</sup>.

#### **4.5.b) Los contratos de consumo**

En este apartado sólo haremos mención a los contratos de consumo, sean o no celebrados por adhesión.

El art. 988 CCC se aplica a los contratos de consumo. Así lo establece el art. 1117 CCC<sup>47</sup>.

##### **4.5.b.i) Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo**

En el Código Civil y Comercial se incorpora como novedad una regla general de identificación de las cláusulas abusivas: *el desequilibrio significativo*. Según el art. 1119 CCC<sup>48</sup>, lo que caracteriza una cláusula como abusiva es el efecto que se persigue al incluirla en el contrato o en la relación de consumo, es decir, si tiende a provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio

---

<sup>46</sup> Artículo 988 CCC: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

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

<sup>47</sup> Artículo 1117 CCC: “Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”.

<sup>48</sup> Artículo 1119 CCC: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.”

del consumidor. La fórmula pone el acento en el resultado práctico del contrato, es decir la alteración del equilibrio de su ecuación económica del contrato.

De la definición dada se advierte que para considerarse abusiva una cláusula no interesaría la autonomía de la voluntad del consumidor a la hora de su configuración, sino, su objeto o efecto. En materia de contratos de consumo se añade una pauta de protección consistente en la posibilidad de que las cláusulas sean declaradas abusivas por el solo hecho de integrar un contrato de consumo, sin importar que las mismas hayan sido negociadas o no. Éste desequilibrio debe ser en menoscabo de la posición del consumidor y tiene que presentarse ostensible y evidente, como resultante de un abuso en el poder de negociación por parte del proveedor (Bagalá, 2015).

Para calificarla no será necesario, entonces, verificar si el contrato es negociado, por adhesión o predispuesto, pues, aun tratándose de cláusulas negociadas, pueden ser abusivas.

En la relación de consumo, los requisitos para que un cláusula sea declarada abusiva son: a) que se encuentre inserta en un contrato o una relación de consumo, independientemente de que se trate de una cláusula negociada, de un contrato por adhesión o predispuesto, de condiciones generales de contratación o de cláusulas individuales; b) que cause perjuicio al consumidor; c) que el perjuicio derive de un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes de la relación de consumo; d) que el desequilibrio sea significativo, el que debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad en términos de comparación entre provecho y sacrificio o de máxima reciprocidad de intereses, porque las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas “según un criterio de equivalencia y reciprocidad (Kemelmajer de Carlucci, 2015; Bagalá, 2015; Rito, 2015).

A la par de las cláusulas abusivas, se aplican a los contratos de consumo la “situación jurídica abusiva” y las “prácticas abusivas”.

#### **4.5.b.ii) Situación jurídica abusiva en los contratos de consumo**

En el art. 1120 CCC<sup>49</sup> se define a la situación jurídica abusiva, figura que no se encontraba regulada ni el CC derogado ni en la LDC, tratándose de una nueva proyección del abuso del derecho. Según este artículo, aunque las facultades de una de las partes, individualmente consideradas puedan no ser abusivas, nada obsta a que, sumadas a las que surgen de otras cláusulas del contrato, o de otros contratos vinculados, se llegue al mismo ilegítimo resultado (Rubín, 2015).

Este artículo se relaciona con el art. 1122 CCC<sup>50</sup> que autoriza al juez a declarar la nulidad parcial del contrato, y simultáneamente a integrarlo. En este último caso, el inc. d de la norma citada, estipula que cuando se prueba una situación jurídica abusiva deriva del contratos conexos, el juez debe aplicar el art. 1075, es decir, que debe atribuírseles el sentido que surge del grupo de contratos, pero que alguno de los contratantes puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. O sea que cada supuesto de conexidad exigirá analizar cada una de las relaciones para poder resolver en consecuencia, siempre teniendo presente el principio de tutela del consumidor (Junyent Bas y Garzino, 2015; Ritto, 2015).

Es valioso haber contemplado en el texto del CCC la abusividad que pueda darse en el fenómeno de la conexidad en la cadena contractual, pues ésa constituye una modalidad habitual en materia de consumo (Stiglitz, 2012). Aun si el contrato de consumo ha sido negociado, debe interpretarse que el consumidor tuvo restringida su autonomía al disponerse el contenido del contrato, porque de lo contrario hubiera resistido suscribirlo con un desequilibrio significativo que le causa perjuicio.

---

<sup>49</sup> Artículo 1120 CCC: “Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.”

<sup>50</sup> Artículo 1122 CCC: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:...

c. si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;

d. cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075”.

#### **4.5.b.iii) Las prácticas abusivas en los contratos de consumo**

Al principio de este capítulo hicimos mención a las prácticas abusivas para contraponerlas con las cláusulas abusivas. Estas prácticas pueden consistir en el ejercicio de las cláusulas abusivas, pero no es indispensable que así ocurra. Se pueden dar a partir de cláusulas que *ab initio* no pueden ser tildadas de abusivas o, incluso, ejerciendo derechos consagrados legislativamente (Rubín, 2015).

La regulación guarda muchas similitudes con el art. 8 bis de la LDC, en especial en la redacción de los arts. 1097 y 1098 CCC<sup>51</sup>.

#### **4.6) Régimen de control de las cláusulas y prácticas abusivas**

En los arts. 1118 y 1121 el CCC incluye el régimen de control de las cláusulas y de las prácticas abusivas. Estas normas no tienen antecedente en la LDC, de manera que vienen a satisfacer la demanda de la doctrina especializada.

Una cuestión importante y habitual en el marco de las leyes de protección contra las cláusulas abusivas es regular no sólo el control de contenido<sup>52</sup>, sino el control de incorporación<sup>53</sup> de dichas cláusulas<sup>54</sup>, lo que permite que en materia de contratos de consumo se añada una pauta de protección consistente en la posibilidad de que las cláusulas

---

<sup>51</sup> Artículo 1096 CCC: “Ámbito de aplicación Las normas de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme lo dispuesto en el artículo 1092”.

Artículo 1097 CCC: “Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Artículo 1098 CCC: “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

<sup>52</sup> Artículo 1122 CCC: “Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a. la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b. las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- c. si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d. cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

<sup>53</sup> Artículo 1118.- Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

<sup>54</sup> Artículo 1118 CCC: “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”.

sean declaradas abusivas por el solo hecho de integrar un contrato de consumo, sin importar que las mismas hayan sido negociadas o no (Bagalá, 2015).

Respecto del *control de contenido* de las cláusulas abusivas, se introduce una regla importante en nuestro derecho, cuando se deja aclarado que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control judicial (Ritto, 2015).

En los contratos discrecionales el primer control que se hace de las cláusulas abusivas es “interno”, inter partes, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes negocia resguardando sus propios intereses, desechando aquellas condiciones que no le son favorables. Pero esto no es posible en los contratos por adhesión, o bien porque el débil jurídico se adhiere a un contenido predispuesto, o bien porque el consumidor está interesado en el producto o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del de las cláusulas o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita.

En estos casos se hace indispensable entonces que el Estado ejerza un control “desde afuera” que puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial (Echeverry Salazar, 2011).

El control legislativo es por naturaleza previo; el judicial es posterior, y el administrativo puede ser previo o posterior y el judicial siempre es posterior. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

#### **4.6.a) Control legislativo**

El control legislativo es un mecanismo de protección estatal previo, compuesto por un conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, estableciendo los procedimientos y condiciones para su validez, así como la determinación de las cláusulas abusivas, los medios de defensa contra dichas cláusulas y la sanción legal que corresponda, de allí su finalidad tuitiva. El legislador prevé con antelación a la celebración del contrato de consumo particular, los posibles supuestos de cláusulas abusivas, creando una plataforma legislativa de situaciones previas que si se verifican posteriormente caen dentro de su campo de regulación. Esto importa un determinación y limitación previa, que parte del mismo texto legal, del contenido de los contratos por adhesión y de los contratos celebrados

con arreglo a cláusulas generales de contratación. El nuevo Código da un tratamiento específico para las situaciones jurídicas abusivas y las prácticas abusivas (Stiglitz, 2012).

La forma en que dicho control se realiza en la por la ley a través de la implementación fórmulas de prohibición cláusulas abusivas que la ley considera abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones (Echeverry Salazar, 2011). La doctrina nacional que analiza el art. 8 bis de la LDC reconoce en su contenido: (a) Una *fórmula general* que manda garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios y *prohibiciones específicas* respecto a Prácticas vejatorias o vergonzantes y prácticas discriminatorias.

Hemos expuesto ya que este esquema se mantiene y completa en el CCC (Britto, 2015, Kemelmajer de Carlucci, 2015).

#### **4.6.b) Control administrativo**

La Secretaría de Industria y Comercio<sup>55</sup> es la autoridad de aplicación que define como abusivas todas aquellas cláusulas que resulten vulneratorias del principio de la buena fe del consumidor cuya protección está garantizada por el art. 42 de la CN y 37 de la LDC. El control administrativo se realiza de forma previa cuando se le confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. El control administrativo también se puede presentar como “posterior”, cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas: por ejemplo, en los contratos de consumo, lo que no obsta al control judicial, al que la más de las veces, el consumidor debe recurrir (Ritto, 2015).

---

<sup>55</sup> Artículo 41 LDC: “Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”.

#### **4.6.c) Control judicial**

El control judicial es un mecanismo de protección posterior - pero que se basa en lo establecido previamente por el legislador- mediante el cual el juez tiene la potestad de resolver una controversia o incertidumbre jurídica entorno a un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, a petición de quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con la finalidad de que sean declaradas nulas o ineficaces, integrando el contenido contractual dañado y restableciendo el equilibrio perdido en la relación contractual, incluso, y de ser el caso, el juez podrá declarar la ineficacia o la nulidad del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas abusivas lo hayan afectado en su esencia y resulta imposible su recomposición jurídica (Stiglitz, 2012).

El CCC regula el control judicial de las cláusulas abusivas en el art. 1122 ya transcrito. La solución contenida en el inciso a) (la aprobación administrativa no impide el control judicial) es correcta toda vez que el acto administrativo de aprobación no tiene jerarquía normativa para convalidar cláusulas que vulneren derechos receptados en la LDC o en la CN. Cabe valorar como muy importante que, mediante el control de incorporación, se proyecte autorizar la declaración de abusividad de las cláusulas, aun cuando hayan sido aprobadas en forma individual y expresa por el consumidor. De esta manera se contrarresta la habitual práctica comercial de incluir cláusulas que, si bien tienen apariencia de ser negociadas, porque no son preimpresas, han sido predisuestas por el proveedor con el fin de que mediante ellas el consumidor declare que ha leído y aprobado el clausulado del contrato (Nicolau y Hernández, 2012, en Rivera). Esta previsión permite despejar cualquier duda en cuanto faculta al Poder Judicial a efectuar el control del contenido del contrato por adhesión, aun cuando previamente una autoridad administrativa lo haya efectuado en la etapa precontractual (Compiani, 2015).

El inc. b) establece que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas, lo que implica que es nula de nulidad absoluta por contrariar normas de orden público. Esta solución es idéntica a la prevista por el art. 37 de la LDC y ha tenido una frondosa aplicación jurisprudencial (Nicalau y Hernández, 2012).

En el inc. c) se establece la integración del contrato que persigue la conservación del mismo. En efecto, el juez lo integrará si, una vez declarado parcialmente nulo, el contrato no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

El inc. d) al que ya hemos hecho referencia prevé la intervención judicial en caso de presentarse situaciones jurídicas abusivas derivadas de contratos conexos (remitimos al comentario del art. 1120).

#### **4.7) Límites a las cláusulas abusivas**

Para cerrar nuestra investigación dejamos para el final el tema de los límites dispuestos por los cuales no pueden ser declaradas abusivas determinadas cláusulas. El CCC dispone esos límites en el art. 1121CCC<sup>56</sup>, inexistentes en la legislación de la LDC (Ritto, 2015).

En cuanto al inciso a) existe una resolución judicial al respecto<sup>57</sup> que sentó postura. El fallo revocó la resolución de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en una demanda que pretendía una medida cautelar innovativa y ordenaba refactorar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui promovida por el Intendente Municipal de ese partido. El voto del Dr. Lorenzetti

El fallo es sumamente rico en cuanto a los argumentos. En el considerando 6° expresó que:

en el Derecho Comparado “se verifica una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo por la autoridad judicial .

Ello así, con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado.

En el mismo sentido se ha declarado que:

---

<sup>56</sup> Artículo 1121 CCC: “Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

a. las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;

b. las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas”.

<sup>57</sup> CSJN, causa M.1145.XILX, “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo”.

La definición de cláusulas abusivas -en los términos del art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor - se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes, esto es, bienes o servicios que hayan de proporcionarse y -como en el caso- la contraprestación que hayan de pagar por ellos así como su equilibrio económico, que es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer - El ámbito para impugnar las cláusulas esenciales de un contrato -como, en el caso, la fijación de común acuerdo de intereses por el uso de capital- no es el del art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor sino el de derecho común, pues su determinación implica el ejercicio de una libertad, y el legislador no se inmiscuye en la fijación del precio de un contrato<sup>58</sup>.

El nuevo Código evidentemente se ha inspirado en la Directiva 93/13/CEE en cuanto establece que “... la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación...”.

Humildemente disentimos con el fallo y con la incorporación del art. 1121 del CCC. Respecto de los “efectos distorsivos” a los que hace mención el fallo de la CSJN, suponemos que existirían diferencias de precios entre los consumidores beneficiados por la resolución judicial y los que no fueron beneficiados, por hallarse, por ejemplo, en otra jurisdicción.

De cualquier forma, coincidimos con Rossi (2015) en que frente a un caso de notable desproporción entre el precio y el bien, siempre se podrá invocar el vicio de lesión (art. 332 CCC, similar al art. 954 CC) si la desproporción existe desde la celebración del contrato, o la excesiva onerosidad por causas ajenas y extraordinarias (art. 1091 CCC, similar al art. 1198 CC) si la desproporción es sobreviniente. No obstante, tener que echar mano a otros institutos del ordenamiento general para poder dismantelar la excesiva desproporción del precio nos parece innecesario, y va en desmedro de la protección integral al consumidor incorporada en el nuevo ordenamiento.

Por esto consideramos que los límites impuestos importan un franco retroceso en la materia. La solución de excluir para cualquier supuesto el control de dichas cláusulas

---

<sup>58</sup> CACyCCT, Sala III, “Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c. Roldán, Irma”, 13/03/2000 LA LEY 2000-F, 970 - LLNOA 2000, 1142, cita on line: AR/JUR/3437/2000).

resulta desacertada y regresiva con relación al régimen legal vigente que no prevé límite alguno para la declaración de abusividad.

Ello así, por cuanto genera desprotección a los consumidores, acentuada por la presencia de prácticas abusivas que se sostienen en un mercado con gran presencia de conductas anticompetitivas. Con el precio se producen numerosas situaciones abusivas y se impide a los jueces considerar al precio como un elemento de abusividad, lineamiento que sólo se entendería si se pretende privilegiar las posiciones empresariales.

No comprendemos la razón por la cual no pueda declararse abusiva una cláusula que evidencie una desproporción entre el precio y el bien o el servicio procurado. Justamente, una cláusula como esta sería susceptible de “provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones” (conf. Art. 1119 CCC).

En el sistema de la Ley 24.240 y de su Decreto N° 1.798/94 (actualmente derogado), este último establecía que "...consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes", en concordancia con los lineamientos establecidos por la Directiva de la Unión Europea 93/13. Apoyándose en este decreto reglamentario, nuestra jurisprudencia ya había resuelto que:

Los contratos sinalagmáticos se caracterizan por la reciprocidad de las obligaciones. En este tipo de contratos, toda parte puede esperar que la relación de los derechos bilaterales, deberes, chances y riesgos estén en cierto modo equilibrados. Cuando la relación de equivalencia aparece sensiblemente perjudicada, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe y puede concluirse que la cláusula que causa un perjuicio indebido al adherente es materialmente abusiva.<sup>59</sup>

Por lo tanto, el decisorio puso el acento en el resultado práctico, es decir en la alteración del equilibrio de la ecuación económica del contrato. No debe olvidarse que el negocio de consumo se diferencia del contrato tradicional o clásico por la circunstancia que su legitimación no se satisface en el mero acuerdo de voluntades, exigiendo además la equivalencia de las prestaciones debidas.

---

<sup>59</sup> C.N.Com., Sala E, 3/08/98, "Equitel, S.A. c/ Hacendal, S.A.", L.L., t. 1989-A, pág. 354. (del voto del Dr. Garzón Vieyra).

En este mismo sentido, un fallo mucho más actual tuvo en cuenta la cuestión precio a la hora de analizar las cláusulas abusivas al sostener que:

Resulta abusiva la cláusula inserta en un contrato de compraventa de automotor importado según la cual cualquier variación en el precio es a cargo del comprador, ya que, a efectos de mantener la igualdad de las partes ante las reglas del mercado, el contrato que establece un precio variable no puede prever sólo una variación para el caso de aumentos.<sup>60</sup>

No negamos que en los contratos de comercialización son usuales las cláusulas que permiten al principal determinar unilateralmente los precios de los productos o servicios que van a ser negociados; de hecho en eso consisten los contratos por adhesión con cláusulas predispuestas. No obstante ese derecho, que es inicialmente lícito, pero puede ser empleado para generar algún grado de discriminación hacia el débil jurídico (Rubín, 2015). Y va de suyo, que se pierde la coherencia del sistema tuitivo, dado que la norma en cuestión no guarda concordancia con las directrices de la ley de Abastecimiento (ley 26.991) (Ritto, 2015).

Gherzi (2015) ofrece una cantidad de ejemplos para demostrar que la aplicación de esta norma produciría una gran desventaja para el consumidor. Muchos de ellos abundan en jurisprudencia.

Por ejemplo, las medicinas prepagas solo podrían aumentar los precios o fijar arbitrariamente precios de servicios para franjas etarias superiores, etc. Brinda la resolución de un fallo<sup>61</sup> en el que se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, y se ordenó a la obra social accionada elevar de plan médico al actor sin cobrarle un diferencial por enfermedad preexistente y “tratar su enfermedad psicológica en un instituto de primer nivel, por configurarse en el caso verosimilitud en el derecho y peligro en la demora”. Estas situaciones han ocasionado numerosos amparos (Weingarten y Gherzi, 2014).

Lo mismo ocurriría en materia de bancos cuando se fijan precios por cargos inexistentes, o en materia de seguros, cuando los precios finales de servicios estándares y

---

<sup>60</sup> Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 110, “G., M. J. c. Honda Automóviles de Argentina S.A. y otro”, 03/07/2008.

<sup>61</sup> Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “M. F. A. c/ Obra Social Unión Personal s/ sumarísimo de salud”, 11/11/2014. Cita: MJJ90739.

obligatorios pretenden hacer aparecer a la franquicia como parte del precio. Ambas cuestiones han dado lugar a innumerables planteos judiciales.

En lo relativo al precio, puede constituir no solo una cláusula abusiva, incluso práctica abusiva y posición dominante, sino que en determinados supuestos las normas que impiden la revisión son inconstitucionales.

Por su parte, en cuanto a la cláusula contemplada en el inciso b), la misma resulta ajustada al lógico marco legal, y no realizamos ninguna crítica (Bagalá, 2015).

## **Conclusión**

Según hemos visto a lo largo de este trabajo la noción clásica de “contrato” como acuerdo de voluntades en plena libertad e igualdad de las partes ha quedado reducida en gran medida. Las formas tradicionales de contratación, en materia de contratos de consumo, fueron sustituidas por formas contractuales por adhesión en las que las conversaciones previas entre las partes contratantes y las cláusulas negociadas cedieron su lugar a cláusulas predispuestas por el empresario o proveedor que resultaba la parte más fuerte en la contratación (Bagalá, 2015). El poderío económico y jurídico de una de las partes marca un desequilibrio que atenta contra la posibilidad de negociar el contrato. Esa desigualdad, y la facultad de predisponer el contenido contractual, muchas veces engendra abusos de la parte poderosa en perjuicio de la débil.

Cada vez que en la práctica ocurren situaciones de abusos en los que se vulnera el principio de la buena fe del consumidor –sea o no adherente- en el mundo contemporáneo el derecho procura evitar esos excesos recurriendo a normas tuitivas que garanticen su protección. La intervención del Estado para la protección de la parte más débil, se concretó en nuestro ordenamiento el art. 42 de la CN y 37 de la LDC y sus modificatorias, la Ley de Lealtad Comercial 22.802 y la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, y actualmente se ha revalorizado como normativa de fondo con su incorporación en el nuevo ordenamiento civil y comercial (Ritto, 2015; Rubín, 2015).

El CCC incorporó en su texto normativo general una modificación relevante en la teoría general del contrato, lo que avizoramos producirá importantes modificaciones en materia contractual. La incorporación de los contratos por adhesión y de los contratos de consumo intenta reflejar en la Teoría General del Contrato los cambios habidos en las contrataciones en masa, sin dejar de reconocer la permanencia de las reglas fundantes del contrato, en orden a la libertad para contratar y la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad, pero agregando a éstas características las particularidades de las cláusulas predispuestas o los contratos formularios, disponiendo la tutela especial para evitar el abuso del predisponente (Junyent Bas y Garzino, 2015).

La incorporación del consumidor en el Código Civil y Comercial unificado vino a coronar la labor de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales que muestran un marcado

consenso en torno a considerar al consumidor como un sujeto de derechos digno de protección en el sistema codificado. Desde el punto de vista jerárquico la protección constitucional brindada por el art. 42 de la Constitución Nacional a la relación de consumo consolidó la defensa del consumidor como un derecho de tercera generación, pero se hacía necesaria una regulación de fondo que marcara un piso mínimo protectorio.

Más allá de estas conclusiones generales expuestas, nos permitimos realizar algunas conclusiones particulares que darán lugar a una reflexión crítica.

Primeramente reconocemos que estas conclusiones son provisorias dado el escaso tiempo de vigencia del ordenamiento civil y el desconocimiento de cómo será su real funcionamiento futuro. No obstante, podemos anticipar que la legislación argentina en materia de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores es de carácter amplio y abarcativo y recoge la labor de la doctrina y de la jurisprudencia especializada que perseguía la estabilización del régimen protectorio de defensa del consumidor.

Por esto entendemos que:

- ✓ Las modificaciones propiciadas en el ámbito del consumidor, salvo algunas cuestiones de técnica legislativa, nos parecen atinadas.
- ✓ En nuestro ordenamiento, la regulación de las cláusulas abusivas se inició como un microsistema y su tratamiento en el CCC la consolida en la teoría general del contrato.
- ✓ Resulta trascendente la incorporación al código de fondo de la relación de consumo, es decir, de los contratos del sujeto que compra o adquiere bienes o servicios como destinatario final, o de quien se encuentra en su grupo familiar o social.
- ✓ Se produce una integración del sistema legal:
  - 1) Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional;
  - 2) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del código de fondo;
  - 3) La reglamentación detallada existente en la legislación especial.
- ✓ La tutela de consumidores y usuarios es así tratada por la Constitución, por el Código y por el régimen especial de la ley 24.240, pluralidad de fuentes que implican un diálogo de soluciones progresistas.

- ✓ El nuevo CCC regula los contratos de consumo en los arts. 1092 a 1122, pero no deroga a la LDC, por lo que permanecen plenamente vigentes las directivas de su art. 37. Por lo tanto, actualmente coexisten las normas del derecho de fondo –que actúan como un piso mínimo- y las de la LDC.
- ✓ El articulado del CCC implica un piso mínimo o núcleo duro que puede ser ampliado o extendido, pero nunca disminuido, con fundamento en el orden público económico de protección. Esos mínimos actúan como un núcleo duro de tutela, lo que tiene los siguientes efectos: a) No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores; b) Ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos – del CCC- sin afectar el sistema.
- ✓ Se incorpora la definición de la cláusula abusiva como aquella que tiene por objeto o por efecto provocar un *desequilibrio significativo* entre los derechos y las obligaciones de las partes, prescribiendo reglas para su control judicial.  
De manera, que se supera la dispersión de casos posibles de cláusulas abusivas, propia del derecho estatutario, y se establecen reglas concretas para el control judicial que operan como valla esencial para la parte que tiene el mayor poder de negociación, en la búsqueda dirigida del equilibrio contractual.
- ✓ Aún aprobadas por la autoridad de aplicación, las cláusulas pueden ser abusivas para el consumidor. El poder de policía de la autoridad de aplicación debe ejercerse con el máximo rigor para crear en el mercado una conciencia mayor, pro consumidor, a tenor de sanciones y publicaciones que expongan a las empresas incumplidoras y las hagan pasibles de las multas y los daños correspondientes.
- ✓ La regulación sobre "cláusulas abusivas" se ubica en los contratos en general, siendo de aplicación para los celebrados por adhesión y los de consumo.
- ✓ Se regula separadamente las prácticas abusivas, cláusulas abusivas y situación jurídica abusiva.
- ✓ Se incorpora una pormenorizada regulación de las cláusulas abusivas. Su método resulta destacable: se ha superado la estrecha visión que regulaba la cuestión únicamente para los contratos de consumo (art. 37, Ley de Defensa del Consumidor) para elevar las soluciones al ámbito de la teoría general del contrato.

- ✓ En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se protege al adherente, sea o no sea consumidor. En los contratos de consumo se protege al consumidor, sea o no adherente.
- ✓ Las cláusulas abusivas se aplican tanto para los contratos por adhesión como para los de consumo. En este último caso, también vimos un tratamiento específico para las situaciones jurídicas abusivas y las prácticas abusivas.
- ✓ El CCC consagra así los nuevos límites a la autonomía de la voluntad, que imponen las leyes especiales, sin desconocer dicho dogma al sistematizar específicamente los contratos discrecionales pero plasmando la nueva realidad negocial a través de la regulación de los contratos de adhesión y de los contratos de consumo.
- ✓ El Código introduce límites a las cláusulas abusivas, inexistentes en la legislación vigente y que consideramos importan un franco retroceso en la materia (art. 1121 CCC).

### **Reflexiones finales**

El flamante Código Civil y Comercial argentino ha concretado una aspiración de larga data de la doctrina nacional y se ha puesto a la vanguardia de los códigos contemporáneos.

En lo que respecta al consumo, el nuevo Código Civil y Comercial codifica una parte del derecho del consumidor hasta ahora existente en la legislación especial y en marcada jurisprudencia, procurando dotar de la estabilidad de que gozan los Códigos, a un núcleo duro de ideas e instituciones con las que se suelen regular las relaciones de consumo.

Este núcleo de derecho del consumidor codificado constituye el segundo anillo de la regulación. Contiene innovaciones respecto de instituciones contenidas y reguladas por la ley 24.240 creando un "doble régimen" que obliga al "diálogo de fuentes" intraregulación consumerista (Bagalá, 2015).

En síntesis, estimamos que la nueva regulación constituye un aporte valioso para la mejora en la protección y defensa de los consumidores, que resulta coherente con los esfuerzos que desde hace muchas décadas viene desplegando nuestra doctrina y jurisprudencia en cumplimiento del mandato constitucional emergente de la reforma de 1994.

Sin embargo, y volviendo a nuestra hipótesis inicial, entendemos que los límites impuestos por la ley, al menos en su primer inciso, comportan un franco retroceso en los derechos del consumidor.

## **Listado de bibliografía**

### **a) Doctrina**

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

**Alterini, A.** (1998). *Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

**Aparicio, J. M.** (2012). *Contratos en general, Observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley.

**Arias Cáu, E.** (2012). *La recepción del consumidor en el Código Civil unificado: sus consecuencias*. Cita: MJ-DOC-6034-AR | MJD6034.

**Arias Cáu, E.** (2012). *Los contratos de consumo en el proyecto de Código Civil 2012*. Cita: MJ-DOC-6126-AR | MJD6126.

**Ariza, A.** (s./f.). *Aspectos contractuales de la defensa del consumidor*. Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1015/925> el 9/8/2016.

**Ariza, A.** (2008). *Más que una reforma. Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado*, en VÁZQUEZ FERREYRA, R. *Reforma a la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

**Bagalá, P.** (2015). *Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas*. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar); Id SAJJ: DACF150368.

**Borda, G.** (2004). *Manual de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: La Ley.

**Brizzio, C.** (1998). *La teoría general del contrato y del derecho del consumidor*. LL., 1998-D-1285.

**Bueres, A.; y Highton, E.** (1999). *Código Civil*, T. 3. Buenos Aires: Hammurabi.

- Carnota, W.** (2015). *El despliegue del art. 42 de la Constitución Nacional*. Revista Derecho Público. Año III, N° 9. Ediciones Infojus, p. 137. Id SAIJ: DACF150095.
- Casadío Martínez, C.** (2013). *El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado*. Cita: MJ-DOC-6175-AR | MJD6175.
- Centanaro, I.** (2011). *Cláusulas abusivas. Interpretación jurisprudencial de las bonificaciones a condición de permanencia por tiempo determinado*. Cita: MJ-DOC-5536-AR | MJD5536.
- Compiani, M.F.** (2015). *El contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas*. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/El-contrato-celebrado-por-adhesion-a-clausulas-generales-predispuestas-Por-Maria-Fabiana-Compiani.pdf> el 1/2/2017.
- Condomí, A.** (2015). *Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo*. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id SAIJ: DACF150424.
- Echeverri Salazar, V.** (2011). *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a08.pdf> el 1/2/2017.
- Estigarribia Bieber, M. L.** (2001). *Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina*. Recuperado de: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-022.pdf> el 7/11/2016.
- Farina, J. M.** (2005). *Contratos comerciales modernos*, 3° Edición. Buenos Aires: Astrea.
- Frustagli, S. y Hernández, C.** (2008). *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, JA 2008-II, ps. 3-14.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título II: Contratos en general, La Ley, Buenos Aires, pág. 518.

**Gastaldi, J.M. y Gastaldi, J.M.** (2012). *Contratos en general*, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Rivera (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

**Gelli, M. A.** (2004). *Constitución De La Nación Argentina – Comentada y Concordada*. Segunda edición. Buenos Aires: La Ley.

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

**Gherzi, C.** (2015). *Inaplicabilidad de los arts. 973 y 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación a los contratos y relaciones de consumo*. Cita: MJ-DOC-7218-AR | MJD7218.

**Gherzi, C. y Weingarten, C.** (dirs.). (2011). *Tratado de doctrina y jurisprudencia de los derechos del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

**Hernández, C.** (2009). *Fundamentos de derecho contractual*, en Nicolau, N. Buenos Aires: La Ley, p. 424.

**Junyent Bas, F.** (2012). *Nuevo régimen de contratos y contratos de consumo. La regulación general de los contratos en el proyecto de Código Civil y Comercial*. Cita: MJ-DOC-6117-AR | MJD6117.

**Junyent Bas, F. y Garzino, M.C.** (2015). La regulación de los contratos en el Código Civil y Comercial. Córdoba: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas - UNNE, Número 15.

**Kemelmajer de Carlucci, A.** (2015). *Prácticas abusivas en los contratos de consumo. Análisis desde la nueva legislación argentina*, en “Revista de Derecho. Segunda época”. Año 10. N.º 11 (julio 2015), 105-134. Recuperado de:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/726/716>  
el 14/12/2016.

- López Cabana, R.** (1996). *La Contratación en la Ley de Defensa del Consumidor*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 5. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- López de Zavalía, F.** (1998). *Teoría de los contratos*, T.I, parte general. Buenos Aires: Zavalía.
- Lorenzetti, R.** (2004). *Tratado de los contratos*. Parte General, 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R.** (2009). *Consumidores*, 2ª ed. Actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lorenzetti, R.** (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lovece, G.** (2015). *Cláusulas y prácticas abusivas*. Buenos Aires: La Ley.
- Mosset Iturraspe, J.** (1996). *Introducción al Derecho del Consumidor*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5. p. 7. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J.** (2001). *Las cláusulas abusivas en la ley 24.240, art. 37, y en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, art. 968*. Cita: MJ-DOC-1510-AR | ED, 190-671 | MJD1510.
- Nager, M. A.** (2012). *El derecho a la información*, Revista La Ley CABA de La Ley (Febrero 2012), 41. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/15/05/2012/doctrina-del-dia-el-derecho-a-la-informacion> el 23/8/2016.
- Nicolau, N. y Hernández, C.** (2012). *Breve análisis acerca de la relación de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora en esta materia el Proyecto de Código civil y comercial de 2012*, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Rivera (dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Rossi, J.** (2008). *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rossi, O.** (2012). *El Nuevo Código y las cláusulas abusivas*. Recuperado de: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=919> el 14/11/2016.
- Rossi, O.** (2012). *El Nuevo Código y el abuso de derecho*. Recuperado de: <http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=926> el 4/2/2017.
- Rossi, J.** (2016). *El consumidor y el «adherente» inmobiliario en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial*. Cita: MJ-DOC-10335-AR | MJD10335.
- Rinessi, A. y Rey de Rinessi, R.** (s./f.). *La relación de consumo en la Ley 26.361 y en la Constitución Nacional*. Recuperado de [file:///C:/Documents%20and%20Settings/PC/Mis%20documentos/Downloads/r\\_elaciondeconsumoey26361yart42CN.pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/PC/Mis%20documentos/Downloads/r_elaciondeconsumoey26361yart42CN.pdf) el 20/03/2016.
- Ritto, G.** (2014). *Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 1”. Recuperado de: <https://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/viewFile/143/160> el 13/11/2016.
- Ritto, G.** (2015). *Cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial*, Thomson Reuters, DJ21/10/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/2635/2015.
- Rivera, J.C.** (dir.). (2012). *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rubín, E.** (2015). *Cláusulas y prácticas abusivas en los contratos de comercialización antes y después de sancionado el Código Civil y Comercial*. Cita: MJ-DOC-7331-AR | MJD7331.
- Rusconi, D.** (2008). *La noción de consumidor en la nueva ley; (número especial). Régimen de defensa del consumidor-análisis de su reforma-J.A.2008-II-13*.

- Rusconi, D.** (2009). *Los derechos de los consumidores y usuarios*, en “RUSCONI, Dante D. (coord.), Manual de derecho del consumidor”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rusconi, D.** (2012). “*Título III, Capítulo I*” y “*Anexo II*” de modificaciones a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ponencia presentada en la Audiencia Pública del 13/09/2012, en el Rectorado de la Universidad Nacional de la Plata, ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
- Stiglitz, R.** (s./f.). *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en “Revista Contexto”. Recuperado de: [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_revistaContexto/Contexto/Archivo/Contexto%204/RubenStiglitz.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaContexto/Contexto/Archivo/Contexto%204/RubenStiglitz.pdf) 3/5/2016.
- Stiglitz, G.** (2003). *Normativa inconstitucional sobre cláusulas abusivas*, RCyS. Buenos Aires: La Ley.
- Stiglitz, G.** (2012). *La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley.
- Stiglitz, G.** (2012). *Contratos (parte general), responsabilidad civil y defensa del consumidor*, en “Revista del Colegio de abogados de La Plata”, VILLARO, F. (dir.). Recuperado de:
- Stiglitz, R.** (2012). *La teoría del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
- Stiglitz, R.** (2015). *Contratos civiles y comerciales*, T. I y III, 3° edición. Buenos Aires: La Ley.
- Stiglitz, R.** (2015). *Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas*, RCCyC. Cita Online: AR/DOC/2850/2015.

**Tinti, G.** (2002). *El abuso en los contratos*. Buenos Aires: Ábaco.

**Tomassetti, M.** (2016). *Análisis crítico-jurídico del concepto de «consumidor»*. Cita: MJ-DOC-7603-AR | MJD7603.

**Valicenti, E.** (2016). *Cláusulas abusivas, desnaturalización de las obligaciones y derecho supletorio*. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/05/Cl-usulas-abusivas-1.pdf> el 15/11/2016.

**Wajntraub, Javier H.** (2002). *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Ed. Lexis-Nexis.

**Wajntraub, J.** (2004). *Protección jurídica del consumidor*. Ley 24.240 y su reglamentación. Buenos Aires: LexisNexis- Depalma.

**Weingarten, C.** (2011). *Cláusulas abusivas. Análisis económico y jurisprudencial*. Cita: MJ-DOC-5409-AR | MJD5409.

**Yuni, J. y Urbano, C.** (2003). *Recursos metodológicos para la preparación de Proyectos de Investigación*. Córdoba: Editorial Brujas.

**Zentner, D.** (2010). *Contrato de consumo*. Buenos Aires: La Ley.

**Zingman de Domínguez, N.** (2015). *El contrato de caja de seguridad bancaria y la nueva legislación*. Cita: MJ-DOC-7445-AR | MJD7445.

## **b) Jurisprudencia**

- 1) CSBA, "Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo", Causa C. 117.245, 3/9/2014. Con comentario de Bagalá y Mendiberri (2015). Recuperado de: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id Infojus: DACF150630.
- 2) Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, "Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ acción meramente declarativa", 14/5/2014. Cita: MJ-JU-M-87715-AR | MJJ87715 | MJJ87715.

- 3) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, “Galera Laferrere Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”, 4/8/2014. Cita: MJ-JU-M-87477-AR | MJJ87477.
- 4) Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; en Kemelmajer de Carlucci, 2015.
- 5) Cám. Apel. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala: I. “CTI PCS S.A. - CTI Móvil c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”. 10/3/2011. Cita: MJ-JU-M-63367-AR | MJJ63367 | MJJ63367.
- 6) Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, “Brizuela, Diego Antonio c/ Banco Río S.A. s/ daños y perjuicios”, 11/2/2012. Cita: MJ-JU-M-71843-AR | MJJ71843 | MJJ71843.
- 7) Cám. Nac. Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala: I, “Lloyds Bank (BL SA) Ltd c/ Secretaria de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI 1025/99 s/”, 22/9/2000. Cita: MJ-JU-M-5424-AR | MJJ5424 | MJJ5424.
- 8) CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de M. de I., J. M. c. Asociación Civil Hospital Alemán", 16/4/2002.
- 9) Cám. Nac. Civ., Sala H, “Peña de Márquez Iraola, J. M. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/daños”, 20/2/1998. JA 1998 IV 496.
- 10) Cám. Nac. Com., Sala E, “De Oromi Escalada, M. v. Galeno Previsión S.A. s/sumario”, 3/4/1997.
- 11) Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial: Sala: F, “Asociación Protección Consumidores Del Mercado Común Del Sur - Proconsumer- c/ Galeno Argentina S.A. s/ sumarísimo”, 11/11/2014. Cita: MJ-JU-M-93970-AR | MJJ93970.
- 12) CSJN, causa M.1145.XILX, “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo”.
- 13) CACyCCT, Sala III, “Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c. Roldán, Irma”, 13/03/2000 LA LEY 2000-F, 970 - LLNOA 2000, 1142, cita on line: AR/JUR/3437/2000).
- 14) C.N.Com., Sala E, 3/08/98, "Equitel, S.A. c/ Hacendal, S.A.", L.L., t. 1989-A, pág. 354. (del voto del Dr. Garzón Vieyra).

- 15) Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 110, “G., M. J. c. Honda Automóviles de Argentina S.A. y otro”, 03/07/2008.
- 16) Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “M. F. A. c/ Obra Social Unión Personal s/ sumarísimo de salud”, 11/11/2014. Cita: MJJ90739.

**c) Legislación**

- Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la ley 26.361
- Constitución de la Nación Argentina. Artículo 42
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil de la Nación, ley 340