

EL CONTRATO DE CONSUMO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

POR ESTEBAN J. ARIAS CÁU (*) y WALTER F. KRIEGER (**)

Sumario: I.- Introducción. II.- De las consecuencias del contrato de consumo en la parte general del contrato. III.- Nuestra opinión. IV.- Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de unificación del Código Civil y de Comercio del año 2012 —en adelante, el Proyecto 2012— introduce como parte de la regulación de los contratos en general la regulación de los contratos de consumo dentro del Código Civil, a partir del art. 1093, título III, Libro Tercero. Los proyectistas han fundado esta solución en la necesidad de fijar un piso mínimo de protección a los consumidores, incentivando el “diálogo” de fuentes, y considerando que “constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general¹”.

Sin embargo, consideramos que los principios rectores del derecho de consumo que se han proyectado dentro de la regulación de los contratos de consumo, constituyen *principios generales* del derecho y por lo tanto deben regir en toda situación jurídica; independientemente de la suerte legislativa que corra el mentado proyecto. Adelantamos nuestra postura, con sustento en el profundo cambio que se ha producido en la institución jurídica del “contrato” desde su concepción arraigada en el Código Civil de Vélez Sarsfield, de impronta individualista y liberal propia de su época hasta la concepción social que impera en nuestros días.

Así, 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 y libertad (libertad de conclusión y de configuración), siendo su límite el orden público, la moral y buenas costumbres. 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. El contrato pasa a ser considerado como *institución social*. 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.

Publicado en MICROJURIS, sección doctrina, septiembre 24 de 2013, MJD6424.

(*) Profesor Adjunto de Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS (Jujuy); Presidente del “Instituto de Derecho Civil” del Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy; Secretario de la Sede Jujuy, del “Instituto Región Noroeste”, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(**) Profesor Adjunto de Contratos Civiles y Comerciales, Universidad Católica Argentina.

¹ *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 530. En rigor, la mentada idea ya había sido propiciada por autorizada doctrina. Por todos: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª edición actualizada, Reimpresión (1997), Zavallía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 134: “En el que ahora pasamos a presentar, hay un previo proceso de fragmentación por el que un sector de un contrato típico es sometido a reglas especiales y como el criterio que se usa para esa fragmentación es susceptible de ser aplicado a otros contratos, inclusive a los que – a tenor del criterio sub 1- pertenecen a otro agrupamiento, se produce un reagrupamiento, ya no de los contratos típicos, sino de sectores de todos o de algunos entre ellos (...). Las reglas establecidas para el reagrupamiento constituyen normas generales”

En el presente trabajo nos proponemos esquematizar algunos cambios ya producidos en la teoría general del contrato a partir de incorporación del contrato de consumo en la ley 24.240 y que se verán profundizadas para el supuesto que el Proyecto 2012 se sancione como ley. Empero, aun cuando esto no ocurra, reiteramos que igual la doctrina podrá extrapolar sus lógicas consecuencias en el marco de la teoría general del contrato.

II. DE LAS CONSECUENCIAS DEL CONTRATO DE CONSUMO EN LA PARTE GENERAL DEL CONTRATO

II.1 Rasgos del contrato de consumo

Cierta doctrina estima posible identificar algunos *rasgos* inherentes a la tipología contractual de consumo, a saber²: 1º) Se trata de un tipo estatutario, tuitivo e imperativo; 2º) El consentimiento se forma, por lo general, por adhesión; 3º) Su contenido suele estar confirmado por Condiciones Generales de la Contratación; 4º) En este último caso, pueden haber cláusulas abusivas; 5º) Los tratos preliminares son infrecuentes y son sustituidos por la publicidad.

II.2 Caracterización

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 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, 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).

A diferencia de la LDC, el Proyecto de Código Civil 2012 incorpora la definición del contrato de consumo³, en estos términos: “ARTÍCULO 1093.- **Contrato de consumo.** Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

II.3 Definición doctrinaria

De modo reciente, se ha dicho por Zentner que “puede definirse al contrato de consumo, como todo contrato celebrado entre un proveedor profesional y un consumidor final, sobre bienes o servicios destinados a su propio beneficio o al de su grupo familiar o social⁴”. Con un sentido más minucioso, se ha dicho que “contrato de consumo es el celebrado a título oneroso o gratuito entre un consumidor final —persona física o jurídica—, con una persona física o jurídica que actúa profesionalmente, aún en forma ocasional y que tenga por objeto la adquisición de bienes o servicios por parte del primero, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar y

² Seguimos la enumeración de ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 29.

³ Nos hemos ocupado del tópico, y allí nos remitimos en: ARIAS CÁU, Esteban J., “Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, MICROJURIS, sección doctrina, diciembre 28 de 2012, MJD6126.

⁴ ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 70.

social⁵”. Para Wajntraub, el contrato de consumo es la causa de la relación jurídica trabada, entendiéndose por tal “aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar los bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinto su concreción o no, mediante condiciones generales⁶”. En efecto, en el contrato de consumo lo definitorio no es la adhesión, sino “el consumo final⁷”, pudiendo o no celebrarse con la técnica de la adhesión.

Los caracteres del contrato de consumo son⁸: a) Consensual; b) Bilateral; c) Oneroso; d) Conmutativo; e) Formal; f) Podrá ser civil o comercial.

II. 4 Su relación con el derecho civil.

Existen diversos aspectos en los cuales el derecho del consumidor prescribe soluciones contrarias a las previstas en el derecho civil *vigente*, ya esbozadas por la doctrina especializada y que puede resultar de interés enumerar:

II.4.1 Autonomía privada

El derecho civil regula los contratos otorgando primacía a la libertad de conclusión y de configuración de las partes, respetando la autonomía privada, complementándola con el *derecho supletorio* para todo aquello que las partes no hayan previsto expresamente y restringiéndola para algunos casos, mediante el orden público imperativo (ej. plazo máximo de locación)

El derecho del consumidor, por el contrario, brinda *preeminencia* a la igualdad de las partes, restableciendo el equilibrio contractual o de posición, siendo marcadamente intervencionista, tiñéndose todo su contenido con el orden público protectorio (art. 65, LDC). Em tal sentido, se ha dicho que la “vigencia de una real y efectiva libertad de elección constituye uno de los pilares del sistema de protección del consumidor⁹”.

II.4.2 En materia de nulidades

En el derecho civil las nulidades son expresas y conducen a la frustración del negocio o del acto jurídico, con carácter retroactivo.

En el derecho del consumidor, en cambio, hay nulidades *virtuales* y pretenden el mantenimiento del acto jurídico, favoreciendo al consumidor que quiere o desea el bien o que el servicio se lleve a cabo.

II.4.3 Cláusulas abusivas.

El derecho civil protege lo pactado por las partes (art. 1197, Cód. Civil), a rajatabla, introduciendo los principios generales de la buena fe (art. 1198, Cód. Civil) o el abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil), que se aplican excepcionalmente. Empero, el control es posterior al

⁵ ROSSI, Jorge O., “Derecho del consumidor: ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal, a la luz de la reforma de la ley 26.361”, en ARIZA, Ariel (Coordinador), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, pág. 21 y sig.

⁶ WAJNTRAUB, Javier, *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 25 y sig.

⁷ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 682.

⁸ ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 83 y sig.

⁹ STIGLITZ, Rubén S.- STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 48: “A grandes rasgos, se podría sostener que un mercado sería totalmente propicio para asegurar el imperativo de la defensa del consumidor, en la medida en que se encontrara dotado tan sólo de dos elementos: -libre elección para todos los sectores de la población, y -calidad de los productos y servicios”.

perfeccionamiento del acuerdo de las partes y se realiza por el juez, dejándose sin efecto aquellas cláusulas del caso concreto.

El derecho del consumidor, por el contrario, ejerce un férreo control de las cláusulas abusivas, ya sea conteniendo un tipo abierto o bien un elenco de cláusulas que se estiman abusivas, incluyéndose tanto un control de *incorporación* de carácter previo, por lo general de índole administrativo (ej. pólizas de seguros) como de *contenido* de carácter posterior, cuyo efecto consiste en determinar la ineficacia parcial, en virtud que se mantiene o se pretende mantener vivo el negocio jurídico (art. 37, LDC), debiéndose integrar el contrato por el juez. En otros términos, dicho límite pretende “mantener un equilibrio justo en la relación bilateral¹⁰”.

II.4.4 Efecto relativo de los contratos

El derecho civil diseñó el principio del efecto relativo de los contratos, establecido en el art. 1195 del Cód. Civil, que prescribe que “los contratos no pueden perjudicar a terceros”, entendiéndose por tales a aquellos que no han sido parte contractual.

El derecho del consumidor lo hirió de muerte al establecer la imputación de daños, con responsabilidad solidaria, a todos aquellos sujetos incluidos en el proceso de producción y comercialización del bien o producto (art. 40, LDC), y que no han celebrado contrato alguno. Así, establece la “responsabilidad objetiva por daños derivados del vicio de la cosa o el servicio, y solidaria entre todos los intervinientes en la cadena de comercialización¹¹”.

II.4.5 Responsabilidad precontractual

En el derecho civil se establece que las partes son libres de negociar y de apartarse de las tratativas, siempre y cuando no se haga de un modo intempestivo, estableciéndose la responsabilidad de modo excepcional. No existe regulación específica, infiriéndose del principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil).

En el derecho del consumidor, en cambio, hay una regulación del *marketing*, publicidad y su integración con el instrumento contrato; las prácticas comerciales, estableciéndose una responsabilidad precontractual más acentuada, etc.

II.4.6 Apartamiento intempestivo de las negociaciones

El derecho civil tiende a considerar el apartamiento abrupto de las negociaciones previas como un supuesto de violación del principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil). El derecho del consumidor, en cambio, *facilita* el apartamiento del consumidor mediante el ejercicio del derecho de receso o de arrepentimiento.

II.4.7 Oferta al público

El derecho civil considera la oferta al público como una mera invitación a ofertar (art. 1148, Cód. Civil) En cambio, el derecho del consumidor, la considera como una verdadera oferta, y por ende vinculante (art. 7, LDC), especialmente “cuando la oferta recae sobre bienes de consumo o uso masivo, ordinario y generalizado, pues en el momento de ser efectuada la oferta, ésta va dirigida tanto a los consumidores que resulten encuadrados en la tutela legal (art. 1º) como a quienes, en

¹⁰ GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marian A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 71.

¹¹ GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marian A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 122.

virtud de circunstancias especiales al momento de contratar, no lleguen a estarlo, ya que en oportunidad de efectuarse la oferta no hay cómo distinguir a unos de otros¹².

II.4.8 El silencio

En el derecho civil el silencio puede significar aceptación (art. 919, Cód. Civil). En el derecho del consumidor, en cambio, sucede lo contrario.

II.4.9 La interpretación

La interpretación del negocio jurídico contractual en el Derecho Civil intenta desentrañar la intención común, lo que las partes quisieron decir. En cambio, en el derecho del consumidor, en caso de duda, se interpreta *siempre* a favor del consumidor (art. 3, LDC).

III. NUESTRA OPINIÓN

III.1 *El principio de no discriminación*

Primeramente el Proyecto 2012 introduce como derecho elemental de los consumidores, el derecho a no ser discriminados y al acceso al mercado y al contrato en igualdad de condiciones. Explicitando el concepto, se ha dicho que “se requiere asegurar una protección especial (soluciones específicas) a favor de los consumidores carecientes y necesitados, y de los que sufren situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión¹³”.

Sin embargo, podemos sostener que el principio¹⁴ de “no discriminación” es un límite esencial al ejercicio de la autonomía de la voluntad que impera en todos los contratos, aún en aquellos que no están insertos en una relación de consumo. La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sido clara en este sentido en el fallo “Hertzriken”, al resolver favorablemente la demanda de daños y perjuicios incoada por una persona de religión judía contra el propietario de un inmueble en alquiler que se negó a suscribir un contrato de locación con esta persona invocando la religión que practicaba. Señaló la Cámara, en dicha oportunidad, que la negativa a contratar fundada en cuestiones subjetivas del cocontratante constituye un ejercicio abusivo de la libertad de contratar.

Por lo tanto, y a la luz de lo señalado, queda en claro que la “no discriminación”, no es un principio general aplicable solamente a los contratos de consumo, sino que es un principio general del derecho, y por ende merece ser insertado en la parte general del contrato.

III.2 *El régimen de cláusulas abusivas*

La regulación propuesta para las cláusulas abusivas en los contratos, y más teniendo en cuenta la definición que se da de ellas en el Proyecto 2012, que pone el acento en el desequilibrio de las prestaciones, nos lleva a considerar que dicha regulación podría tranquilamente ser aplicable a los contratos en general y no sólo a los contratos de consumo.

¹² FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 30 y sig.

¹³ Conf., STIGLITZ, Rubén S.- STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 50.

¹⁴ ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Panorama general de la ley 26.361”, MICROJURIS julio 3-08, MJD4089. Allí esquematizamos una clasificación de los principios consumeristas, que pueden ser inferidos de la Constitución Nacional y de la ley 24.240, distinguiéndolos en: a) Fundacionales; b) Sectoriales.

Sabido es que la imposición de parte sobre la otra en un contrato se da más allá de los contratos de consumo. El economista Joseph Stiglitz explica claramente que el mercado perfecto es una utopía dado que una parte siempre es más fuerte que la otra por el hecho de tener mayor información respecto del funcionamiento del negocio que la otra. El mismo economista afirma, luego, que cuando mayor equilibrio se pueda poner a las relaciones jurídicas entre fuertes y débiles, mayor será la tendencia a obtener la perfección del mercado. Por ello, el mayor conocimiento de un negocio que se materializa a través de un contrato paritario, puede derivar en la inserción de una cláusula que sea abusiva.

Consecuentemente, entendemos que el régimen de revisión de las cláusulas abusivas insertas en el capítulo de contratos de consumo del Proyecto 2012 debería ser incorporado en el capítulo de la parte general de los contratos, en el Libro II “Contratos en general”.

IV. CONCLUSIONES

Proponemos que las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil declaren que:

IV.1 De lege lata

- 1) Existen principios generales del derecho que se encuentran reglamentados o incluidos en el marco del régimen de defensa del consumidor y el usuario.
- 2) En tal sentido, la doctrina ha realizado una paciente labor de deducción e inducción jurídica para enumerarlos y aplicarlos a los casos concretos.
- 3) Por tanto, el principio de “no discriminación” y la revisión de cláusulas abusivas propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 son aplicables en forma general aún cuando no se sancione el señalado proyecto.

IV.2 De lege ferenda

- 1) Se recomienda que los principios especiales contenidos en los artículos señalados sean insertos en la parte general de los contratos en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 o en proyectos futuros.