

Voces: CONTRATO ~ CONTRATO DE ADHESION ~ PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ~ NATURALEZA JURIDICA ~ CLAUSULAS GENERALES ~ CLAUSULAS PARTICULARES ~ CLAUSULA ABUSIVA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INTERPRETACION CONTRACTUAL ~ CONTRATO DE CONSUMO ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ CONTRATO CELEBRADO FUERA DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ~ CONTRATO CELEBRADO A DISTANCIA ~ CONTRATO CELEBRADO POR MEDIOS ELECTRONICOS ~ OFERTA DE CONTRACION POR MEDIOS ELECTRONICOS ~ PRUEBA ~ REVOCACION DEL CONTRATO ~ OFERTA ~ ACEPTACION DE OFERTA ~ FORMACION DEL CONSENTIMIENTO

Título: Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas

Autor: Stiglitz, Rubén S.

Publicado en: RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 125

Cita Online: AR/DOC/2850/2015

Abstract: Si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa. Ello significa que las técnicas contractuales predispuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes. En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato). Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato. Y su propósito debe conducir a restablecer (garantizar) la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa.

I. Nociones generales. Noción. Caracteres

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) 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.

Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual.

De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente.

La ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional y que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente.

II. Caracteres (continuación). Unilateralidad y rigidez

Tal vez la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido.

Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la rigidez del esquema predeterminado por el empresario.

Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula.

El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales se halla suprimido.

III. Caracteres (continuación). Poder de negociación

La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el "profesional" y que generalmente (no siempre) coincide con la disparidad de fuerzas económicas.

La desigualdad económica no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. De allí que aparezca como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. Adherir a un contrato presupone que se carece de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del adherente/consumidor o usuario.

IV. Estado de vulnerabilidad del adherente. Consecuencias

La alternativa de que dispone el adherente consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente en ocasión del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho o, en su defecto, contratar, en cuyo caso debe adherir en bloque contenido redactado por el profesional.

Lo expresado de ninguna manera significa que un contrato por adhesión deja de serlo si el adherente tuvo la posibilidad de contratar con otro "que no le impusiera la reducción de responsabilidad".

En primer lugar, porque no hace a la esencia del contrato por adhesión que el predisponente sea titular de un monopolio.

En segundo lugar, porque esa línea de reflexión sustrae al adherente la escasa libertad de que dispone, la de contratar con quien quiere.

Lo hasta aquí expresado supone, como consecuencia, la existencia de un riesgo, que consiste en que, quien detenta el poder de negociación, aproveche tal condición para reafirmarlo a través de cláusulas que, integrando la configuración interna (contenido) del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional.

Contemporáneamente acontece que la contratación pone de relieve, de más en más, el sentimiento de los particulares de su vulnerabilidad que hace que, en ocasiones, los empresarios se sirvan de las condiciones generales para desplazar ilegítimamente todo el riesgo sobre el adherente, "obteniendo resultados que nunca alcanzarían a través de una libre discusión con el cliente".

V. Estado de vulnerabilidad del adherente (continuación). Consecuencias (continuación). El abuso en la predisposición contractual

Lo que queremos decir es que si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa.

Ello significa que las técnicas contractuales predisuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes.

En ese caso, la injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato).

Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato.

Y su propósito debe conducir a restablecer (garantizar) la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa.

No se nos oculta que ni siquiera en los dominios de la contratación discrecional es posible aludir a una autodeterminación sin límites, entendida aquella como el poder jurídico de que dispone cada parte para autorregular sus intereses según su voluntad. Esa inteligencia cede al tiempo que comprendamos que siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, donde constitutivamente participa otro, la resultancia, ineludiblemente, será una declaración de voluntad común, lo que presupone que cada quien porta una voluntad, simultáneamente auto y heterodeterminada. Ello significa que en la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero importa un sacrificio que el segundo lo estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos (situados predominante en etapa formativa del contrato y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas. Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno.

VI. Control exógeno sobre las condiciones generales

Aparece entonces el orden jurídico y el poder de los jueces como el único y último refugio. El primero, a través de una dilatación del derecho necesario, que se traduce en límites inherentes al contenido predispuesto mediante la consagración de normas imperativas y semi-imperativas.

El segundo, acudiendo a una interpretación del contrato que no desatienda ni se aparte de las directivas esenciales (principios fundamentales) que gobiernan el derecho dispositivo, reformulando su función, no reparando en él como una mera muletilla, operativa sólo para el caso de ausencia de reglas de autonomía, como un derecho subsidiario.

Las normas dispositivas expresan un juicio de valor, pues aseguran una equilibrada composición de los intereses enfrentados, ya que cumplen un rol ordenador en consideración a lo que es normal y corriente y, por tanto, se conforman a los principios que mejor preservan la relación de equivalencia. Y habrá que distinguir, entre aquellas, las que, por no regular cuestiones esenciales a la economía del contrato, portan eficacia supletoria, de las que, por afectar la misma estructura del sinalagma, carecen de efectos subsidiarios.

Y también aceptar la revisión del contrato en cada ocasión en que se manifieste la existencia de cláusulas que importen una alteración excesiva al equilibrio tan deseado.

VII. Formación del contrato por adhesión

Una de las notas salientes de los contratos por adhesión está referida a su formación. Si bien es cierto que nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, y que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predispuesto o formulario impreso de oferta, impreso por el predisponente, tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y no va dirigido a persona determinada.

Sirve a una pluralidad indeterminada de personas y recién se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.

Ocurre que el consumidor o usuario adhiere a un esquema contractual que le viene (le llega) predeterminado. Y lo hace a través de una manifestación de voluntad particular y concluyente que se traduce en una oferta. De tal manera que ésta parte del adherente, quien propone contratar en base a las cláusulas o condiciones generales predispuestas por el profesional o empresario, quien a pesar de que la oferta lo es sobre la base de un formulario de cuyo contenido es su autor exclusivo, se reserva el derecho de aceptarla en consideración a las condiciones específicas que le son ofrecidas, especialmente referidas a la persona del adherente, lo que se enuncia como "riesgo subjetivo".

De lo expuesto surgen las siguientes etapas que integran el iter formativo:

a) El predisponente provee al oferente una solicitud de propuesta, ya impresa, reservándose, obviamente, el derecho de aceptarla o no.

b) El consumidor o usuario, oferente o adherente, con la firma de la propuesta inicia el iter formativo, pues con ella emite su declaración recepticia de voluntad, dirigida a iniciar la formación definitiva del contrato.

De lo expuesto surge que la etapa a la que hemos hecho referencia (la inicial), la del consumidor que adhiere, presupone que hasta ese momento no hay contrato nacido a la vida jurídica.

En efecto, sería contrario a la realidad ignorar que la solicitud u oferta que contiene las condiciones generales es creación (se origina por obra) del predisponente; de tal suerte que el formulario participa de la naturaleza de una invitación colectiva (indeterminada) y permanente a proponer. Hasta entonces sólo existe un acto preparatorio emanado del predisponente.

Es a través de una manifestación particular del adherente, dirigida al predisponente —por ejemplo, la firma y presentación de la propuesta de un contrato de seguro—, la modalidad que adopta el impulso del iter formativo del contrato por adhesión.

Lo contrario, afirmar que el predisponente es el oferente y el adherente el aceptante, importa lo mismo que suponer que el empresario o profesional se halla en estado de oferta permanente y que el consumidor, al suscribirla, no hace sino aceptarla.

En efecto, la adhesión exteriorizada a través de la presentación de una solicitud o de un impreso con contenido predispuesto no traduce per se aceptación, y por ende no hace perfecto el contrato.

La realidad constata todo lo contrario: aun cuando la oferta esté constituida por una solicitud cuyo contenido ha sido predispuesto por el profesional o empresario, ello no comporta para él obstáculo alguno que le impida reservarse y/o ejercitar el derecho de aceptarla o no.

c) La aceptación del predisponente hace perfecto el contrato. Lo expresado presupone que el consumidor previamente ha adherido al texto de las condiciones generales predispuestas que le fueron suministradas por el primero. Y si el contrato alcanza a perfeccionarse es porque el profesional o empresario acepta la oferta en su plenitud, lo que incluye las condiciones particulares, o sea donde se consignan los elementos específicos de la relación singular.

A título de ejemplo, la alta frecuencia siniestral del asegurable, el mayor riesgo que importa formalizar un seguro de previsible posibilidad siniestral, son algunas de las razones que impulsan al asegurador a rechazar la oferta dirigida por el adherente (asegurando). Y ello a pesar de que la oferta lo haya sido sobre la base de condiciones generales predispuestas por el mismo centro de interés que no acepta contratar.

VIII. Naturaleza jurídica de las condiciones generales. Importancia de la cuestión

Determinar cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas predispuestas tiene consecuencias prácticas en orden a:

a) la interpretación de las mismas. Distintas serán las reglas o directivas a las que habrá de acudirse según optemos por la concepción normativa o por la contractualista;

b) los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el derecho objetivo, muy especialmente el configurado por las normas imperativas y las semi-imperativas.

IX. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Tesis normativa. Crítica

Afirma que las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley.

Agrega que para decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación habrá que considerar su grado de difusión y objetividad y, cuando éste sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo.

Sus sostenedores concluyen señalando que son fuente de derecho consuetudinario y que, ejemplificando con el contrato de seguro, suministran el contenido uniforme en cada riesgo de todos los contratos (ramas) posibles.

La crítica que se formula a la tesis normativa podríamos sistematizarla así:

a) El Estado de Derecho es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo.

b) Las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de derecho objetivo. Les falta la validez normativa, la obligatoriedad del derecho objetivo, puesto que el empresario que las establece no está facultado para crear derecho.

c) Las condiciones generales de póliza aprobadas por la autoridad de control no transforma su naturaleza jurídica, ni tiene por efecto hacer del acto aprobado un acto del aprobante, pues la aprobación no es un elemento integrante del acto, sino que se agrega a éste y mantiene su independencia.

En esa dirección se tiene expresado que el carácter contractual de las condiciones generales no se ve obstaculizado porque las cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación), pues tal dato no mueve a concluir que las mismas hayan sido elevadas al plano legislativo o que tengan eficacia per se para derogar las disposiciones imperativas que las contradigan.

d) Las condiciones generales de póliza no constituyen usos, pues no importan una expresión de voluntad generalizada, como lo es la ley, sino una expresión unilateral, la de quien las elabora, en contradicción con la voluntad y sentir de los clientes. Por lo demás, los usos tienen un nacimiento anónimo, al contrario de lo que acontece con las condiciones generales, que son obra de empresas que aparecen identificadas.

e) La calificación de las condiciones generales como *ius ex contractus* favorece su inimpugnabilidad, pues la tendencia a "normativizar" el contenido de ellas no responde a un academicismo gratuito, sino a la interesada necesidad de obstaculizar aquella censura jurisdiccional.

X. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Tesis contractualista

Quienes afirman que las condiciones generales de póliza constituyen derecho contractual sustentan la tesis en las siguientes consideraciones:

a) Son el conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Ello significa que, perfeccionado el contrato, son cláusulas contractuales.

b) En la misma línea de reflexión se señala que la circunstancia de que las condiciones generales hayan sido creadas por una sola de las partes no excluye su carácter contractual. Es que partiendo de la base de que hay contrato cuando una persona acepta la oferta que otra hace, la adhesión, desde el punto de vista jurídico, no puede ser distinguida de la aceptación de una oferta, pues en los contratos por adhesión hay una verdadera prestación de consentimiento donde el vínculo contractual se genera voluntaria y libremente.

c) La circunstancia de que no se vean precedidas de tratativas previas no invalida la tesis contractualista, pues la ley no exige que el acuerdo contractual sea el precipitado de una libre discusión y de largos tratos; sobre todo —se señala—, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se exige es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos en punto al nacimiento de las obligaciones.

d) El capítulo referido a las condiciones generales aparece en escena simultáneamente con el desarrollo de los contratos por adhesión, de allí que se las haya calificado muy gráficamente como las "cláusulas de un contrato redactado por adelantado".

XI. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (continuación). Nuestra opinión

Ya hemos anticipado antes de ahora nuestro apoyo a la tesis contractualista. En una primera aproximación al tema, debemos comenzar por señalar que la posición que adoptamos surge del reconocimiento de algunas premisas esenciales:

a) Las condiciones generales vinculan a las partes en los términos (y con las limitaciones) del artículo 959 del CCyCN aun cuando su contenido no sea factible de ser discutido, y la adhesión deba serlo en bloque, a la totalidad del contenido predispuerto.

Lo expresado se hace extensivo aun a los contratos cuyas condiciones generales deban ser aprobadas previamente por la autoridad administrativa, pues tal aprobación sólo significa que el órgano de control "no tiene nada que oponer" al contenido del contrato.

b) Los empresarios carecen de poder normativo. Este argumento que, si se quiere, es de carácter

constitucional, conduce por sí solo al rechazo de la tesis normativa.

c) En lo que a nuestro tema se refiere, no existe posibilidad jurídica de un vínculo entre predisponente y adherente cuya fuente no sea la norma jurídica o el contrato.

Si las condiciones generales o cláusulas predisuestas no constituyen derecho objetivo, va de suyo que deben ser consideradas derecho contractual.

Las otras razones que, a mayor abundamiento, suministramos en apoyo de nuestra postura podríamos agruparlas de la siguiente manera:

d) El contrato por adhesión a condiciones generales pone en evidencia, que las partes ostentan distinto poder de negociación —de allí que se contraponga al "contratante fuerte" con el "contratante débil"—, pero la estructura del contrato se mantiene inalterable.

e) El consumidor o usuario emite una oferta cuyo contenido ha sido predisuesto por el empresario en formularios impresos. El contrato se perfecciona una vez que el predisponente emite su declaración de voluntad consistente en una oferta o solicitud redactada sobre las bases dispuestas anticipadamente por el empresario y que éste la acepta.

f) La naturaleza íntima del contrato no se modifica. Queremos decir que la formación del acto, consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual pues, en definitiva, hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otro es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido.

g) La necesidad de que se adhiera libremente a un esquema predisuesto por otro configura a las condiciones generales como derecho contractual, pues sería innecesaria la adhesión si éstas fuesen normas objetivas.

XII. El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial. Definición de "contratos por adhesión" y requisitos de las "cláusulas generales predisuestas". Quid de las "cláusulas particulares"

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Código introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predisuestas y el contrato de consumo. Hasta su presentación, normativamente no existía una definición del contrato por adhesión. Obviamente no se hallaba en el Código Civil ni tampoco en la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el artículo 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que en los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. En el Código Civil y Comercial, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los haremos de reproducir y añadir un breve comentario a cada disposición.

"Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas

"Artículo 984.— Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta categoría, el Código alude a "contrato", por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predisuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición, la existencia de dos partes: por un lado el predisponente que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero.

Por otro lado, la contraparte del predisponente es el adherente que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión se halla constituido por el hecho que el adherente carece de poder negociación a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de la cláusula. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

XIII. Requisitos de los contratos por adhesión

El Código enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predisuestas, a saber:

"Artículo 985.— Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente legible. Se tendrán por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

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

Cabe indicar que el Código hace prevalecer la importancia de 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 que a la claridad debe unírsele la legibilidad, especialmente para que las cláusulas predisuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en pequeños caracteres. Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por cláusulas potencialmente lesivas, concluimos en que sólo ellas deben ser redactadas en caracteres notorios, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor. Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerables y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el defecto de legibilidad de una cláusula restrictiva, leonina, gravosa o abusiva es la de tenerla por no escrita, lo que significa "no convenida" o, el de su inoponibilidad al adherente/consumidor.

Lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas por sí por el adherente. Y llena este requisito, el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto que se declara como no convenidas las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el artículo 80, inc. b), 2ª parte, del decreto ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

XIV. El reenvío a otros textos: autosuficiencia. Esencia de la misma: falta de consentimiento

El art. 985 del CCyCN, bajo la denominación de "Requisitos", incluye una directiva que se explica en la necesidad de que las cláusulas sean autosuficientes: nos referimos al tramo de la disposición que establece que: "Se tienen por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato...".

A nuestro juicio, el reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, instala la cuestión en la falta de consentimiento, de allí que el párrafo por el que se establece que se tiene "por no convenida" la cláusula de reenvío, es exactamente la sanción aplicable ya que no se puede consentir sobre lo desconocido, sobre lo que se ignora.

XV. Las cláusulas particulares

El Código le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares no sólo por disciplinarlas en una disposición específica sino porque, el contenido de la misma no sólo constituye una definición sobre lo que son sino, por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

"Artículo 986.— 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".

En primer lugar, cabe señalar, que en la disposición precedente se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el negociado individualmente. Creemos que la denominación es la más acertada porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación. En efecto, hoy prevalecen los contratos por adhesión y los contratos de consumo que, predominantemente se forman por adhesión y, excepcionalmente, se negocian individualmente.

La disposición, además de definir el significado de la "cláusula particular", incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general que constituye el resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que

deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al incluirlas consiste en suprimir o modificar la cláusula predispuesta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación.

En efecto, en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón no sólo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que, es tarea relevante del intérprete, no perder de vista que la cláusula manuscrita o mecanografiada, se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto, por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada, revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos.

XVI. Directivas de interpretación de los contratos por adhesión. Las cláusulas ambiguas

A la ya expresada, precedentemente, la de prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas, se añade la previsión contenida específicamente en el artículo 987.

"Artículo 987.— Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente".

Se hace preciso un comentario preliminar.

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas, porta sus propias directivas de interpretación que el Código las ha receptado y que se hallan incluidas en el artículo 37, apartado 4º, de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, en esta última se establece que "cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa". Por nuestra parte, entendemos que la regla que transcribimos a continuación, es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato predispuesto —la predisposición unilateral del contenido—, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

De allí la necesidad de que la directiva en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio.

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien se reserva el derecho de dotar de contenido al contrato, disponiéndolo, y es quien, además, dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad.

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos.

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma que proviene de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto, puede traducirse en la necesidad que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia.

La regla contra proferentem importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente.

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario.

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio.

Todo ello justifica trasladar al predisponente, las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas.

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente.

Ocurre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato, obtiene una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente, lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial, cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad.

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que "aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio".

XVII. Cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. Quid en los contratos por adhesión y de consumo. Cláusulas abiertas

El texto legal

Cabe reconocer que el Código intenta y logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría con la del contrato de consumo con la que, en ocasiones, se identifica y que no es otro que, cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas. Veremos a continuación cómo en una misma norma se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incisos a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas que no son otras que las cláusulas sorprendivas.

"Artículo 988.— Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

"a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;

"b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;

"c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles".

En primer lugar, la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el Código al Título III, que regula los contratos de consumo, concretamente al artículo 1119 que establece lo que sigue: "Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor".

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo.

En tercer lugar, cabe señalar que el artículo 988 del Código al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el Código opta por reproducir el texto del artículo 37, incisos a) y b), de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ello significa que el Código a través de la disposición examinada ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquel que incluye a) una cláusula abierta, b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial. Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial conforma una cuestión de política legislativa. En la actualidad predomina el hecho que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del consumidor o de leyes especiales, tendencia a la que se sumó en su momento la Comisión de Reformas.

En cuanto a la cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero

específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas —negras o grises— sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el sistema implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código Civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

XVIII. Cláusulas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el artículo 988 del Código, cabe computarlo como una mejora ostensible al texto del artículo 37, incisos a) y b), de la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual ya que aludir a las "cláusulas que desnaturalizan las obligaciones" y a las "cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponente o se restrinjan las del consumidor" parecieran expresar lo mismo ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponente o suprimiendo sus obligaciones o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.

Tal como se halla redactado el Código (artículo 988, inciso a)), se advierte que se reproduce parcialmente lo que dispone el artículo 37, inciso a), de la ley 24.240, ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquellas que "desnaturalicen las obligaciones del predisponente". Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a "las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones..." sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Código con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquellas "que desnaturalicen las obligaciones del predisponente".

Como quiera que sea, "las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones" son aquellas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El artículo 988, inciso b), del Código establece que constituyen cláusulas abusivas: "b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias". Una vez más, el Código ha mejorado significativamente el texto del artículo 37 inciso b), tomando como fuente la previsión contenida en el artículo 968, inciso d), del Anteproyecto de 1998.

La expresión desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente refiere a tres hipótesis:

- a) ampliando los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor;
- b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor/profesional;
- c) ampliando las obligaciones del consumidor o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del desequilibrio significativo.

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/proveedor o restrinjan los derechos del adherente/consumidor que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas y que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones podría ser la que ensayamos a continuación:

a) Cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como por ejemplo, la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Código Civil italiano; art. 33, inciso 2º, letra g], "Codice del Consumo", de Italia); o suspender su ejecución (art. 1398, Código Civil de Perú); o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132.1º, decreto 2009-302, Francia); o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.

b) Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del

contrato (inciso k], Anexo, Directiva 93/2013 de la CEE; art. 132.1º, inciso 3º, decreto 2009-302, Francia).

c) Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente como, por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37, inc. a], ley 24.240; art. 132.1º, inc. 6º, decreto 2009-302, Francia) en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33, inc. 2º, apart. 1º, "Codice del Consumo", Italia).

d) Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifique las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Código Civil italiano; artículo 85, inciso 2º, decreto-ley 1/2007, España); o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37, Ley de Defensa del Consumidor 24.240; art. 88, inc. 2º, decreto-ley 1/2007, España).

e) Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente, como, por ejemplo, la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones (art. 1341, Código Civil italiano; art. 1398, Código Civil de Perú); o la cláusula por la que se suprima u obstaculice "el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante" (Anexo sobre Cláusulas Abusivas correspondiente a la Directiva 93/2013 de la CEE; art. 132.1º, inciso 12, decreto 2009-302, Francia).

XIX. Cláusulas sorpresivas. El texto en el Código Civil y Comercial. Noción

En cuarto lugar, el último párrafo del artículo 988 del Código, el identificado con la letra c), constituye una novedad en nuestra legislación pues hace referencia a las cláusulas sorpresivas al aludir en la disposición al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Dice así: "...c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles".

Sobre el particular, cabe señalar que las cláusulas sorpresivas constituyen una subcategoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas.

De allí que su examen requiera, con carácter previo, una consideraciones generales y el ensayo de una noción.

Las cláusulas sorpresivas participan del género de las cláusulas abusivas.

Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato.

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predisuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato.

Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imagina que integrarían el contenido del contrato.

Avanzando en estos desarrollos, pareciera que contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorpresiva, el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada.

Estimamos que la calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula, debe ser una conclusión natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predisuestas con las que se opera; no se cuenta razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de "cláusulas sorprendentes". A lo sumo podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa.

En consecuencia de lo hasta aquí expuesto, podemos sistematizar el criterio para considerar sorpresiva una cláusula predisuesta:

a) En primer lugar se debe realizar un análisis total del "iter negocial" desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas (representación mental) normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al "campo" contractual.

b) La cláusula sorpresiva es aquella que se contradice (se halla en contraste) de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales (razonables) que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.

En Alemania, por ejemplo, a instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que

las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.

La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (CPA, Consumer Protection Act, de 1979) otorgaba protección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto de las cláusulas "inesperadas" se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (art. 864.a], Código Civil).

XX. Caracteres y control sobre las cláusulas sorpresivas

Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona contra esta categoría de cláusulas es porque constituyen un plus por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. En efecto, estas últimas se caracterizan por desnaturalizar el vínculo contractual con daño al consumidor y que no siempre, pero de ordinario, aparecen en los textos contractuales. En cambio, las cláusulas sorpresivas, además de lo expuesto, son inusuales, insólitas. Debutan, se inauguran en la hipótesis concreta, aun cuando se demuestren precedentes en textos contractuales que instrumentan otros tipos contractuales.

Las cláusulas sorpresivas no forman parte de las reglas de autonomía propias del contrato en cuestión. No se cuenta con ellas. Aparecen subrepticamente. Se trata de cláusulas que ingresan clandestinamente. Su inclusión en el contrato, justamente, presupone que el predisponente cuenta con que el adherente no las espera, por lo que su expectativa consiste en tomarlo desprevenido. Es una cláusula que exhibe una desmesurada deslealtad.

Si ello es así, la cláusula sorpresiva contiene una alta dosis de inmoralidad, más allá de que, por abusiva, alcance categoría de regla, formal o materialmente ilícita.

De allí que el ordenamiento jurídico reaccione en su contra, de la misma manera que lo hace con las cláusulas abusivas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato.

Para contrarrestar este efecto se ha intentado, doctrinariamente, ir más allá, por ejemplo, de las formasseudolegitimantes del artículo 1341 del Código Civil italiano. Ya no basta, para que adquieran eficacia, con la firma específica de cada cláusula leonina. Ahora se afirma que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto, luego hacerlas suscribir y, finalmente, tenerlas por incorporadas por la circunstancia que el cliente haya tenido razonable noticia de las mismas.

La solución propuesta no difiere, básicamente, de la concepción legitimadora que procede del artículo 1341 del Código Civil italiano. El abuso contractual en el marco de los contratos por adhesión no es factible legitimarlo con la adopción de formas solemnes (la firma de la cláusula), ni con ficciones de conocimiento, ni con presunciones de consentimiento. Lo real es que no existen fórmulas que excluyan el control judicial (de legitimidad o equidad) sobre las cláusulas abusivas en cualquiera de sus variantes.

La solución propiciada, por ejemplo, por el art. 1341 del Código Civil italiano del que, en su momento, se hizo eco el artículo 969 del Proyecto del 98, ha sido, afortunadamente, dejada de lado por el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que se consideró que no era factible legitimar una cláusula abusiva por ningún medio, ni aparentando una negociación individual, ni simulando una aprobación por parte del adherente/consumidor, tan fácil de lograr en una categoría contractual donde aparece nítidamente conformada la desigualdad en el poder de negociación.

En efecto el artículo 1118 del Código establece que "las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aún cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor". En esta última disposición se advierte el rigor protectorio del sistema consagrado en el Código. Por lo demás, el artículo anterior, el 1117, dispone que el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, se aplica a los contratos por adhesión, por lo que el sistema protectorio se lo ha extendido a todos los supuestos imaginables.

XXI. El contrato de consumo

El examen del contrato de consumo impone la necesidad de volver sobre uno de los caracteres que, en principio, puede ser calificado de saliente del mismo. En efecto, uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o el usuario de servicios (art. 1093, CCyCN).

Puede serlo, indistintamente, la persona individual o jurídica "ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, la vida económica del bien o servicio".

Resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar, o sea para su uso privado.

El Código Civil y Comercial ha recogido el criterio expresado, en el sentido de que consumidor o usuario final es "toda persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o cuna 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 (art. 1093, CCyCN).

Y como el art. 1092, CCyCN, establece que la "relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor" cabe, en el sentido indicado, afirmar que el usuario de servicios bancarios o de telefonía celular o el asegurado, por dar algunos ejemplos, cuando contrata a título oneroso para destinarlo a su consumo final o al de su grupo familiar, es consumidor. O sea, para satisfacer sus necesidades.

En el sentido indicado en el texto, se ha resuelto que cuando se reclaman los daños y perjuicios consistentes en el lucro cesante derivado de la imposibilidad de obtener ganancias con la utilización de un automóvil adquirido como remís, durante los meses en que el vehículo estuvo inmovilizado, como consecuencia de la reparación de los vicios y defectos de fabricación que presentaba, no resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, porque no se trata de una relación de consumo, sino que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad en materia contractual.

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

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

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

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

La cuestión para determinar cuándo un contrato es, simultáneamente, contrato de consumo, es de gran trascendencia práctica por las consecuencias que acarrea, entre ellas, no sólo la prescripción, sino, también, todos los deberes de protección instituidos en el Código Civil y Comercial como, por ejemplo, lo relativo al deber de información (art. 1100, CCyCN); lo relacionado con la prestación de los servicios; las cláusulas abusivas (art. 1117, CCyCN).

Siguiendo con el ejemplo del contrato de seguro, digamos que la ley 24.240 t.o. establece genéricamente una prescripción de tres años que será aplicable sólo para cuando el contrato de seguro lo sea, simultáneamente de consumo.

En ese caso, el plazo debe computarse "desde que la correspondiente obligación es exigible" (art. 2554, CCyCN) aplicable como norma especial según lo previsto en el art. 3.2º, ley 26.361).

O dicho inversamente, no será aplicable la prescripción trienal a todas aquellas acciones que, aún fundadas en el contrato de seguro, el vínculo asegurativo no se haya constituido con el propósito que el asegurado sea destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social. En esos casos, la prescripción liberatoria sigue siendo la anual (art. 58.1º, LS).

Como lo seguirá siendo la acción promovida por el asegurador contra el asegurado para el cobro de primas, en virtud de ser "más favorable al consumidor o usuario" (art. 50, ley 26.361).

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario es de tres años en razón que, según lo establece el artículo 1.2º de la ley 26.361, su situación es la que corresponde a aquel que "sin ser parte de una relación de consumo" es considerado consumidor ya que "como consecuencia o en ocasión" de dicho vínculo, "adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...".

Deberá tenerse presente que los plazos de prescripción establecidos en el Código Civil y Comercial son aplicables "en ausencia de disposiciones específicas" (art. 2532, CCyCN).

Finalmente, el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor se aplica para cuando las circunstancias de hecho que dieron origen al reclamo hayan acontecido al tiempo de vigencia de la ley 26.361. En efecto, en este sentido se tiene decidido que "el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, vigente tras la reforma de la ley 26.361, es inaplicable a la acción por cobro de una póliza de seguro de vida colectivo, si las circunstancias de hecho que dieron origen al reclamo acontecieron con anterioridad a la sanción de esta última norma, pues una decisión contraria implicaría desconocer las consecuencias ya verificadas del hecho consumado o, al menos, quitarles eficacia".

XXII. Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia. Estado

anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Una técnica de comercialización: la venta domiciliaria

Antes de ahora, hemos afirmado que la equidad en las relaciones de consumo suele quedar comprometida, habitualmente, en razón de las connotaciones abusivas o agresivas contra el consumidor, de ciertos mecanismos o técnicas de comercialización.

Se trata de prácticas mercantiles, propias de los sistemas de marketing, que restringen la libre espontaneidad del público, presionando sobre su decisión de contratar, o en la elección de la contraparte.

Es el caso de las ofertas efectuadas fuera de los locales comerciales. Su especie lo constituye el contrato celebrado fuera del domicilio del vendedor. Se trata de la venta a domicilio.

En esta hipótesis, se restringe la posibilidad de que las elecciones de consumo, sobre bienes y servicios, que adopta el público, se hallen correctamente fundadas, conforme a los deseos y necesidades de cada quien (art. 3º, inc. c), Directrices de las Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor).

Por ello la regulación de estas técnicas de comercialización, denominadas "no ortodoxas", tiende a imponer una serie de recaudos rigurosos que condicionan la eficacia de los contratos celebrados en su consecuencia:

1) Acentuación de la rigidez formal, exigiendo la instrumentación escrita del negocio y una serie de contenidos imperativos;

2) Reconocimiento del derecho del consumidor a revocar incausadamente su aceptación, lo que los transforma en contratos bajo condición resolutoria ya que, en caso de devolución de la cosa se considera que no hubo contrato;

3) Imposición de un control administrativo específico como, por ejemplo, el otorgado al Banco Central sobre las operaciones de venta a crédito (art. 36 in fine, Ley de Defensa del Consumidor, decreto 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370), o respecto de la Inspección General de Justicia para los sistemas de ahorro previo.

Todo ello sin perjuicio de la integración al sistema de protección jurídica del consumidor (artículo 3.2º, ley 24.240) de los regímenes en materia de:

a) Ahorro previo (decreto 142.277/1943 y leyes 22.315 y 22.370);

b) Ofertas con premios (artículo 10, ley 22.802 de Lealtad Comercial);

c) De aplicación, a las técnicas "no ortodoxas" de comercialización, de las normas y principios generales sobre justicia contractual del Código Civil y Comercial de la Nación.

XXIII. Ofertas fuera de los establecimientos comerciales u oferta domiciliaria

La oferta fuera de los locales comerciales (a domicilio) constituye una estrategia de comercialización, sustentada en la técnica de acecho o atisbo y en el efecto sorpresa, para lograr la representación de aparentes ventajas al consumidor. Ello en razón de que se debilita su posición en el mercado al restringirse la facultad de reflexión del consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo ofrecidos por los competidores.

Para bloquear los efectos que se derivan de las referidas técnicas, que no son otras que estimular una actuación precipitada del consumidor, existen soluciones normativas por las que se acentúa la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de (a) especificaciones informativas; (b) solemnidades impuestas para la instrumentación del contrato, bajo pena de nulidad y (c) contenidos imperativos que deben incorporarse entre las estipulaciones del negocio.

XXIV. La venta fuera de los establecimientos comerciales. La venta domiciliaria. Noción

La venta domiciliaria se halla regulada por el artículo 32 de la LDC: "es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria del consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto a la contratación, o se trate de un premio u obsequio...".

La noción anterior "...no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado".

La norma incluye expresamente las ofertas en (a) el domicilio del consumidor; (b) en su lugar de trabajo; (c) en la vía pública y (d) por medio de correspondencia.

También deben comprenderse por analogía, otras hipótesis de venta ambulante durante reuniones, excursiones, etcétera.

Como primera medida, el artículo 32 de la ley 24.240, impone la instrumentación por escrito, y la inclusión de los contenidos imperativos enunciados en los artículos 10 y 34, salvo en los casos de venta de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

XXV. La venta fuera de los locales comerciales y la Ley de Defensa del Consumidor (continuación).

Venta a la distancia: venta por correspondencia. Noción

Por otra parte, el artículo 33 de la ley de Defensa del Consumidor define la venta por correspondencia y otras: "Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios".

Como ya lo hemos sostenido, la venta a distancia es aquella en que los medios utilizados pueden serlo sin la presencia simultánea de las partes contratantes.

Se comprenden, por lo tanto, las ofertas: a) postales; b) por teléfono y otras vías de telecomunicación; c) por televisión, por radio, prensa u otros dispositivos electrónicos o telemáticos.

Son características esenciales de la venta a distancia, como lo es la venta por correspondencia: (a) en que comprador y vendedor no se hallan presentes simultáneamente; (b) que la oferta se realice por los medios enunciados en el artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor; (c) que la aceptación se emita por los mismos medios; (d) que con fundamento normativo, el consumidor o usuario pueda ejercer el derecho de revocar su aceptación.

XXVI. Régimen de la Ley de Defensa del Consumidor aplicable a todas las ventas fuera de los locales comerciales. Derecho del consumidor a revocar la aceptación. Quid del plazo

Con relación a todas las ofertas fuera de los locales de comercio reguladas por la ley 24.240, modificada por ley 26.361, el artículo 34.1º de la Ley de Defensa del Consumidor establece que "el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez (10) días corridos contados, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de la venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria" (art. 34.1º, 2º y 3º, Ley de defensa del Consumidor).

En caso de ejercer el derecho de revocación, "el consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último" (artículo 34.4º).

Como anticipamos, el derecho de revocar la aceptación, o facultad de arrepentimiento, es una solución uniforme en las legislaciones comparadas sobre ofertas fuera de los locales comerciales. Es pieza esencial de una suerte de sistema de "reglamentación contra las tentaciones". Desde el punto de vista de la esencia de la figura, conceptualmente se ha graficado a la revocación de la aceptación, o al arrepentimiento, dentro del plazo de reflexión, como que "el consentimiento es puesto en cámara lenta", o bien, que "la aceptación es claudicante".

De acuerdo con el texto del artículo 34, el régimen de la revocación es el siguiente:

a) **Ámbito de aplicación:** la regulación se aplica a todas las ofertas formuladas fuera de los locales comerciales.

b) **Imperatividad:** la facultad de revocación es irrenunciable, siendo nulo el pacto de dispensa que se conviniera.

c) **Información:** el derecho a la revocación debe constar, como contenido insoslayable, claro y notorio de los instrumentos del contrato que deben ser entregados, a efectos de ser informado el consumidor (artículo 34 de la LDC).

d) **Plazo de reflexión:** el plazo para decidir si se revoca la aceptación es de diez días corridos (artículo 34 de la LDC).

e) **Comienzo del cómputo:** el referido plazo se inicia "a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada".

f) **Notificación al vendedor:** aunque no surja de la Ley de Defensa del Consumidor, el principio de buena fe impone que el ejercicio por el consumidor del derecho de revocación, deba ser informado al vendedor sin que ello esté sometido a formalidad alguna. La información puede ser expresa o inferida de la devolución de la cosa ya que esto último importa una declaración concluyente de voluntad.

g) **Efectos del ejercicio del derecho de revocación:** el consumidor debe únicamente poner la cosa a disposición del vendedor, que carga con los gastos de devolución.

h) **Gastos:** en materia de gastos, el artículo 34 in fine de la Ley de Defensa del Consumidor establece que "el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último".

En materia de venta por correspondencia (y otras), el artículo 33.2º de la Ley de Defensa del Consumidor, establece un recaudo adicional de protección del consumidor, que tiene como propósito impedir que éste no pueda identificar al empresario proponente: se prohíbe al oferente la publicación del número postal como domicilio.

También el artículo 35 establece otra prohibición, respecto de prácticas habituales en el marco de las técnicas de oferta por correspondencia, aun cuando la norma se refiere ampliamente a propuestas al consumidor por cualquier tipo de medio. Se trata del supuesto de bienes y servicios que no son previamente requeridos por el consumidor, y respecto de los cuales igualmente se efectúan envíos y débitos automáticos por la sola voluntad del oferente.

Si el consumidor no lo acepta, no está obligado a pagar el precio ni a tomar la iniciativa para restituir el objeto: se considera que el empresario ha obrado a su riesgo.

XXVII. Contratos por sistemas informáticos

Desde un punto de vista técnico, los ordenadores pueden conectarse por línea telefónica, cables de datos punto a punto o por una red de datos. Para el diálogo entre ordenadores se emplea un software de comunicación, que consiste en un programa que indica a la computadora cómo convertir la información almacenada en ella, de tal manera que pueda ser transmitida por un modem y, a su vez, cómo decodificar los datos recibidos de un modem en información procesable y almacenable.

Cuando el proceso de comunicación se realiza a través de una línea telefónica, la computadora y el teléfono se conectan a un aparato llamado modem, que se encarga de convertir las señales digitales transmitidas por el ordenador, en señales técnicamente denominadas "analógicas", transmisibles telefónicamente y éstas de nuevo en digitales para llegar, al cabo, a la computadora que recibe el mensaje.

Una vez establecida la comunicación, las partes dialogan entre sí a través de las computadoras, que ejecutan automáticamente las órdenes impartidas mediante un programa previamente inserto.

XXVIII. Contratos por sistemas informáticos (continuación). Atribución de la declaración negocial. Momento del perfeccionamiento

La declaración de voluntad recibida será atribuida al sujeto que la emitió. El ordenador transmite en el momento la declaración negocial emitida, lo que significa que ejecuta en forma automática las órdenes que impartió el agente por medio de un programa insertado previamente y que contiene instrucciones para la elaboración de la declaración, de manera tal que ella se formará conforme a la voluntad del declarante tal como ha sido introducida en la programación.

El momento del perfeccionamiento del contrato dependerá del mecanismo de comunicación seleccionado por las partes y, por ende, adoptará según el caso, la modalidad de un contrato entre presentes o entre ausentes.

Como los ordenadores pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes" si la oferta se halla vigente (artículos 1147 y 1151, Código Civil de Vélez).

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos), queda visualizada en pantalla o es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación— radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta.

XXIX. Criterios de atribución de la declaración de voluntad. La prueba del contrato electrónico

El requerimiento de la firma, por razones obvias, debe ser sustituido por otros criterios de identificación de la autoría de la oferta y de la aceptación. En la actualidad se enuncian el "código o clave secreta", la "huella digital", el "procesamiento del habla", etcétera.

La "clave de acceso" o identificación (password) es un conjunto de caracteres conocidos por el usuario de un sistema computarizado que le permite ingresar o acceder a información específica o a establecer comunicación con otro sistema o computadora.

El "procesamiento del habla" es un método utilizado para la identificación de una persona, mediante el análisis espectral de la señal del habla, con algoritmos y técnicas sofisticadas basadas en el tratamiento de señales aleatorias y procesos estocásticos. La señal la capta un micrófono y se convierte en pulsos digitales (por medio de un conversor analógico/digital). Luego se la procesa hasta su identificación.

El "reconocimiento computarizado de huellas digitales", es una técnica utilizada para la identificación de un sujeto mediante el análisis computarizado de sus huellas digitales. La imagen de la huella se digitaliza —es

convertida en señales digitales—, y luego puede ser analizada para ser finalmente individualizada entre un conjunto de huellas (diccionario), identificando así al sujeto a quien pertenece la huella reconocida.

En cuanto a la prueba del contrato, si no se exige una forma especial para la celebración del contrato, las partes pueden, en función del principio de libertad de formas, convenir celebrarlo por medio de ordenadores.

El contrato se hallará contenido en los pulsos electromagnéticos y puede quedar almacenado en la memoria de la computadora o en un disco o cinta magnética, lo que se ha dado en denominar "documento electrónico", en tanto constituye la representación del acuerdo y se halla dotado de la corporalidad propia del pulso electromagnético. El documento seguirá siendo electrónico mientras continúe en la memoria de la computadora, o magnético si está contenido en un disco o cinta.

Como la percepción directa del contenido del documento se logrará con un dispositivo de salida (out put devices), como ser, la impresión en papel o su visualización en pantalla, el tema de la forma a los fines probatorios abre capítulo a dos posibilidades:

a) Si el legislador no exige una forma determinada, el contrato podrá ser probado en su forma electromagnética, en tanto forma convencionalmente pactada.

b) Si no es así, en la práctica el contrato podrá ser probado mediante el escrito que emite la impresora que implica una reproducción, un soporte, ya que el contrato se halla contenido originariamente en los pulsos electromagnéticos.

En ese caso nos hallaremos con un instrumento particular no firmado que representaría las voluntades negociales. Sobre el documento electrónico se tiene expresado que se trata de un "documento escrito", dado que es la "fijación sobre un soporte físico de un mensaje en un lenguaje destinado a la comunicación y a mantenerse en el tiempo".

XXX. El tema en el Código Civil y Comercial de la Nación

Sobre el particular, cabe afirmar que la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, contiene una única disposición específica y otras disposiciones comunes con los contratos a distancia.

"Artículo 1104.— Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio".

XXXI. Fuente. Definición

La fuente de esta disposición ha sido el parágrafo 312.1º, inciso 1º, del Código Civil alemán y parcialmente el artículo 32 de la ley 24.240 sustituido por el artículo 13 de la ley 26.361. La definición doctrinaria de la venta fuera de los establecimientos comerciales es aquella que, con un sentido amplio, afirma que consiste en "ir al encuentro de la clientela para ofertarle bienes o servicios". Se trata de la técnica de venta de mayor antigüedad y la más expandida ya que es utilizada por numerosos sectores de la economía de mercado a través, entre otros medios, de la denominada venta "puerta a puerta", del "home-parties", "face à face" o "ventes en reunion". En ciertos casos, la visita de un vendedor ha sido provocada por el envío previo de correspondencia o por una comunicación telefónica, en ambos casos, (oferta a distancia). De donde, si el diagnóstico es correcto, la venta a distancia se inicia con una oferta a domicilio.

La ventaja que ofrece al consumidor consiste en que le evita desplazarse. La desventaja es la agresividad con que se la ejerce dado que toma al consumidor por sorpresa en su domicilio o en su lugar de trabajo, quien no siempre ofrece resistencia a la oferta y adquiere, sin reflexión previa, objetos que no le resultan útiles.

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, se presumen sometidos a las normas de protección del Derecho del consumo, por lo que la prueba contraria incumbe al proveedor.

XXXII. Ámbito de aplicación y personas involucradas. Contratos excluidos

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial son aquellos concertados en el domicilio o en el lugar de trabajo del consumidor; en ocasiones en la vía pública; usualmente por correspondencia o como premio u obsequio. Son todos lugares no destinados a la comercialización.

Participan de la operación un "vendedor a domicilio", así como la persona jurídica que utiliza sus servicios. En este último caso, es responsable de las infracciones que cometa el vendedor, aunque se trate de representante independiente.

En cuanto al "cliente/consumidor a domicilio", en principio se trata de una persona física que si contrata lo hace por necesidad. Ello no impide una venta a domicilio a una persona jurídica. Cualquiera sea el caso, contratan por necesidad de consumo. En ambos casos, la protección deberá alcanzar a quien contrate fuera del

ámbito de su actividad profesional /habitual. Ello debe ser entendido en el sentido de que se hallan excluidos de la protección los contratos que tienen relación directa con las actividades ejercidas dentro del marco de la actividad profesional del adquirente. También los contratos celebrados a distancia, especialmente los realizados a través de medios electrónicos.

En cuanto al objeto del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales, la disposición alude, genéricamente, a bien o servicio, lo que comprende muebles e inmuebles, a crédito o al contado y los mencionados en el artículo 1º de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361, o sea, "adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines".

XXXIII. Forma y facultad de retractación

Si bien es cierto que el texto del Código Civil y Comercial de la Nación nada dice sobre el particular, es de estilo que el contrato se celebre por escrito en doble ejemplar. Dicho de otro modo, el consumidor debe contar con un ejemplar del documento contractual. De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1111, ineludiblemente, debe incorporarse al texto o a los textos, la facultad de retractación a que tiene derecho a ejercer el consumidor.

En orden al derecho de retractación es aplicable lo dispuesto por el artículo 1110, a cuyo comentario remitimos, sin perjuicio de lo cual, habrá de tenerse presente que el plazo otorgado al consumidor para desistir de la operación es de días corridos, lo que incluye los feriados y los días no laborables. Y si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el inmediato hábil siguiente. El cómputo debe iniciarse a partir de la aceptación de la oferta oportunidad que, predominantemente coincide con la del pedido. Lo que significa que no se computa el día de la celebración del contrato. El plazo no podrá prorrogarse por la sola solicitud del consumidor, pero podrá convenírsele. El proveedor no se halla obligado a realizar la entrega antes del vencimiento del plazo acordado. La retractación no puede ser confundida con un período de prueba ya que cuenta con un plazo de reflexión que lo habilita para leer el instrumento del contrato y con tiempo suficiente como para requerir consejo antes de tomar la decisión de retractarse. De donde, la retractación participa de la naturaleza jurídica de una declaración de voluntad unilateral e incausada, de orden público e irrenunciable y su efecto es el aniquilamiento del contrato lo que, en los hechos, significa que el mismo no se ha celebrado.

XXXIV. Contratos celebrados a distancia. Definición legal y fuente

"Artículo 1105.— Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa".

La fuente de este artículo lo ha sido el parágrafo 312.b) del Código Civil de Alemania.

La Argentina no ha previsto orgánicamente la venta a distancia en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Sólo contiene dos disposiciones. Una, referida a la venta por correspondencia y otra, por la que se establece que "es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio" (artículo 33). Otra, referida a la revocación de la aceptación sobre cuyo contenido nos referiremos al comentar el artículo 1110 (artículo 34, ley 24.240 modificada por ley 26.361).

XXXV. Noción y caracteres

De la definición del Código Civil y Comercial de la Nación cabe señalar que el elemento esencial de los contratos celebrados a distancia lo constituye el mensaje transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos a potenciales consumidores o usuarios futuros e indeterminados.

La oferta al consumidor se concreta mediante una técnica de comunicación a distancia. La disposición menciona especialmente los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. Todo ellos, presuponen la inexistencia de la presencia física simultánea de las partes contratantes, lo que significa que no se ven ya que el consumidor emplea cualquier medio de comunicación a distancia para iniciar las tratativas. La oferta requiere de una aceptación expresa pues es desestimable la aceptación tácita.

XXXVI. Diferencias con los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales

Lo expresado constituye una de las diferencias entre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y los contratos a distancia ya que, en los primeros el proveedor por sí o a través de un agente o representante toma contacto personal con el consumidor. Y en esa ocasión suministra la oferta. En cambio, en los contratos a distancia, como quedó expresado, el mensaje es transmitido a distancia como mecanismo de oferta de productos o servicios dirigidos

Otra diferencia consiste en la intensidad del uso del período de reflexión también aplicable a los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial o del contrato a distancia. En efecto, en los primeros, el consumidor probablemente contrate sin reflexionar mayormente su decisión, ello sin perjuicio de su derecho a

retractación. Pero la práctica indica que permanece con su "impresión inicial". En cambio en los contratos celebrados a distancia, dispone del plazo de reflexión que imperativamente le atribuye el artículo 1110, CCyCN, y cuyo propósito no es sólo el de examinar con suficiente tiempo si la decisión es acertada o no sino, además, verificar ya recibido el bien o prestado el servicio, si el mismo se corresponde con sus expectativas. Lo expresado presupone que el referido plazo de reflexión, en ocasiones, habrá de ser utilizado, también, a los fines de revocar la aceptación por falta de correspondencia en torno a las características del bien o del servicio contratado.

XXXVII. Técnicas o modos de contratación a distancia

Genéricamente, podemos afirmar que las técnicas de comunicación a distancia se definen como todo medio que habilite la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor, sin la presencia física simultánea de ninguno de ellos. O dicho de otro modo, sin la presencia física del vendedor. La utilización de una técnica de comunicación a distancia es lo que sustituye la presencia física de las partes. La enunciación que sigue es meramente indicativa.

(a) El correo es un modo idóneo para la celebración de contratos a distancia. En este caso, el impreso consistente en un catálogo, en una circular o en un anuncio por la prensa escrita, constituye el soporte de la oferta. El impreso puede serlo con o sin destinatario.

(b) La contratación telefónica constituye un medio de gran difusión, especialmente utilizado por empresas de telefonía móvil y bancaria, en este último caso predominantemente en la oferta de préstamos y de tarjetas de crédito. El teléfono puede serlo con intervención humana o sin ella. A esta categoría pertenecen las ofertas por prensa, televisión, radio y a través de mecanismos informáticos.

XXXVIII. El deber de información

El tema está resuelto en el artículo 4º de la ley 24.240 sustituido por la ley 26.361 de Defensa del Consumidor en tanto establece que "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". Se trata de una disposición genérica pues la obligación se inicia con la etapa de tratativas o sea con la información previa a la celebración del contrato a distancia, la que deberá ser veraz y suficiente.

En un intento de sistematizar el contenido de la información, afirmamos que en la oferta realizada por el proveedor, éste deberá identificarse, especificar las características esenciales o especiales del bien o del servicio, el precio, separado de él, el costo del transporte, forma de pago, modalidades que adoptará la entrega, el plazo de vigencia de la oferta, duración del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de duración y de ejecución permanente, la facultad de revocar, así como y especialmente, para los contratos celebrados por medios electrónicos, la información debe contener lo necesario para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (artículo 1107, CCyCN).

XXXIX. Ámbito subjetivo de aplicación

Conforme a la noción de consumidor que surge del artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación, los contratos a distancias se aplican al consumidor, y al proveedor, entendiéndose por 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."

La adquisición o uso final del bien o del servicio, suprime de la definición de consumidor a quien actúa dentro de su ámbito profesional o sea a quien prosigue el ciclo económico de la cosa o del bien.

Y la definición de proveedor es aquella que lo identifica como "una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada..." (artículo 1093, CCyCN). De lo hasta aquí expresado, lo esencial que habrá de retenerse es el propósito final que anima al consumidor: la contratación a distancia sobre bienes o servicios, actuando con un propósito ajeno a su actividad profesional (habitual). A su vez, el profesional es aquel que actúa en el ámbito de su competencia profesional (comerciante, industrial, artesanal o profesional).

Particularmente, cabe señalar que la actuación de ambos sujetos se traduce en la celebración de un contrato cuyo objeto lo sean bienes o servicios que han sido ofertados (ofrecidos) en el ámbito de un sistema de ventas de bienes o servicios a distancia organizado por el proveedor quien para dicho contrato utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato.

XL. Ámbito objetivo. I ter formativo: oferta y aceptación

El ámbito objetivo, o sea la materia de que trata el contrato al que estamos haciendo referencia, es el

celebrado entre el proveedor y el consumidor en el ámbito de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicha categoría de contratos, utiliza técnicas o mecanismos de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato.

Es el proveedor quien, predominantemente, emite una oferta a distancia, mientras que el consumidor es quien debe, o no, aceptarla a través del mismo u otro mecanismo siempre que lo sea a distancia, lo que presupone que el contrato se celebra sin la presencia física simultánea de las partes.

El artículo 33 de la Ley de Defensa del Consumidor alude a la aceptación. Lo hace con el rótulo de "respuesta", lo que denota un error de técnica legislativa. En efecto, luego de enunciar —indicativamente— las técnicas de la oferta a distancia, establece "que la respuesta a la misma se realiza por iguales medios". Los efectos derivados de la falta de aceptación se hallan regulados en el artículo 979 del Código Civil y Comercial de la Nación: "...El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes". En los contratos a distancia no existe "deber de expedirse" por lo que el silencio del consumidor es jurídicamente irrelevante, salvo que las partes hayan acordado lo contrario. En consecuencia, la aceptación requiere ser expresa.

XLI. Formación del contrato. La oferta (continuación)

Como en todos los contratos, la conclusión de los celebrados a distancia requieren de una oferta y de una aceptación (artículo 971, CCyCN).

La oferta se traduce, en ocasiones, en el envío de un catálogo, de prospectos o de cualquier método de promoción de ventas. El catálogo constituye un soporte publicitario e incluyen indicaciones que, a veces, inducen a error. De allí que la contratación a distancia se halle sometida a los deberes de información que surge de la previsión contenida en el artículo 1100 del Código, lo que también presupone el sometimiento al principio de buena fe (artículo 961, CCyCN). Si bien es cierto que las técnicas de marketing empleadas en la comercialización a distancia son las mismas que en otros procedimientos de venta, vale señalar que las técnicas de búsqueda de clientes se localizan muy especialmente en las operaciones de venta a distancia. Existe una técnica denominada de patrocinio o padrinazgo, consistente en incitar a los clientes a hacer conocer a otros lo que han comprado en cuyo caso, si logran que adquieran, los primeros reciben un regalo. Lo que significa que la obtención del regalo se halla subordinada a la compra por parte de un nuevo cliente. Hasta hace años, la venta por correspondencia ha sido la única técnica utilizada. Hoy se han diversificado y son utilizados todos los medios de comunicación modernos, entre otras, el marketing telefónico y el comercio electrónico.

XLII. Aceptación de la oferta. El silencio

Como en todos los contratos, el concluido a distancia requiere la aceptación del destinatario de la oferta. Claro que habrá de estarse a las precisiones que contenga el catálogo en el sentido si son suficientes como para constituir una oferta. La aceptación puede adoptar la forma escrita en cuyo caso debe incorporarse la firma del consumidor.

En el caso que la oferta se haya hecho llegar a través de catálogos, valdrá como tal en la medida que aquella sea suficiente. Y será suficiente si contiene "las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada" (artículo 972, CCyCN). Lo expuesto significa que la aceptación valdrá como tal en la medida que importe "plena conformidad con la oferta" (artículo 978, CCyCN).

En cuanto al silencio habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 979 del CCyCN, de modo que importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Si se trata de una oferta realizada entre presentes o la formulada por un medio de comunicación instantáneo (teléfono o internet), sin fijación de plazo, para que el contrato quede perfeccionado sólo puede ser aceptada inmediatamente (artículo 974.2º, CCyCN), aunque no se haya ingresado en etapa funcional, pues si el medio empleado es el teléfono, queda impedida la entrega de la cosa y el precio, lo que significa que la ejecución queda diferida a la oportunidad acordada por las partes. No es el caso de un mecanismo electrónico como es internet que posibilita el pago inmediato con tarjeta de crédito por lo que sólo queda diferida en el tiempo la entrega de la cosa.

Cuando la oferta se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación (artículo 974.3º, CCyCN).

Existe un supuesto, bastante común, en que la aceptación se halla subordinada a un examen previo. Es el caso cuando en las negociaciones por correspondencia se propone un bien mueble, predominantemente un libro/s. Como se advierte, se trata de una oferta de venta bajo condición suspensiva ya que el objeto enviado se halla sometido durante un plazo al examen del destinatario quien, si no le satisface, deberá reexpedirlo.

XLIII. Contratos excluidos

No constituyen contratos a distancia los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, ni las ventas realizadas en subastas.

En los dos primeros, la razón no se halla en la circunstancia que las partes no se encuentran física y simultáneamente una frente a la otra, como acontece en todos los contratos a distancia. En efecto, en los locales automatizados, el consumidor actúa de conformidad con las instrucciones que le son dadas por el proveedor e inmediatamente el bien o la prestación le son suministrados al primero. Lo expresado, los excluye como contratos celebrados a distancia. Esta situación, parece ser la misma que en la contratación telefónica cuando la aceptación es dada en forma inmediata y, por lo tanto, se la considera un contrato entre presentes y no concluido a distancia.

XLIV. Incumplimiento del proveedor

El incumplimiento del proveedor, entre otras razones, puede hallarse motivado en que, al tiempo de ejecución, el bien o el servicio no se halle disponible, en cuyo caso deberá informarse al consumidor quien, salvo que se haya pactado un plazo para el reintegro, tiene derecho, de inmediato, a recuperar las sumas que haya abonado. Otro motivo en que podría fundarse el incumplimiento es que el bien o el servicio suministrado carezca de las características esenciales a las que se hacía referencia en la oferta y que motivó la aceptación de la misma. Todo ello, sin perjuicio que el consumidor acepte un bien o servicio de características similares en punto a función, calidad y precio equivalente. En ese caso, el consumidor podrá ejercer nuevamente su derecho de retratación como si se tratara del bien o del servicio inicialmente requerido.

XLV. Una práctica abusiva: el envío no solicitado

Constituye una práctica abusiva consistente en la remisión por el proveedor al consumidor, sin que éste lo haya solicitado previamente y por el que se le indica que, indistintamente, puede pagar el precio o devolver el bien.

La gravedad de esta práctica resulta de la circunstancia que el proveedor aprovecha la falta de disposición, la falta de tiempo o la dejadez del consumidor para reintegrar el bien, con la previsible consecuencia que termina percibiendo el precio.

Existe un antecedente en el Derecho Comparado. Nos referimos a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España (ley 7/1996) por el que se establece que "queda prohibido enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio". Un ejemplo distinto al expresado es el de las muestras comerciales pero única y exclusivamente cuando tengan carácter gratuito. Como efecto de lo aquí expresado, el texto establece que "...cuando el envío "incluya una petición de pago", el destinatario no está obligado a pagar ni a reexpedir. Es decir, tiene derecho a hacer suya la mercancía, sin cargo alguno". Lo propio acontece en Francia, donde se sanciona esta práctica de venta sin requerimiento previo. Se trata de una infracción que consiste (a) en el envío de un objeto no solicitado por el destinatario, lo que presupone que no habría infracción cuando el envío se halla precedido de una carta del destinatario solicitando el examen del objeto; o (b) el envío por el proveedor de una correspondencia acompañando el objeto y dando a entender al consumidor que puede elegir entre reintegrarlo o pagar el precio.

XLVI. Ejecución del contrato

Si bien el pago puede efectuarse al tiempo en que se requiere el envío del bien, existe el riesgo que el proveedor no ejecute o no pueda ejecutar ulteriormente su obligación principal consistente en el envío del bien o el suministro del servicio.

El pago del precio puede ser efectuado contra reembolso del bien o del servicio requerido. En ese caso, el contrato deberá ser analizado como una venta la condición suspensiva de recepción del bien o del servicio. La transferencia de la propiedad del bien vendido acontece al tiempo en que el mismo es recibido por el consumidor.

En caso de defecto de la ejecución del contrato por el proveedor con motivo de la indisponibilidad del bien o del servicio encomendado, el consumidor debe ser informado de la indisponibilidad y reembolsar, el pago que ya se hubiera realizado.

XLVII. Utilización de medios electrónicos. Fuente. Forma. Momento y lugar de cumplimiento

En la actualidad, cabe afirmar la expansión del uso de medios electrónicos útiles para la comercialización. El Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a ellos, específicamente con relación al medio probatorio:

"Artículo 1106.— Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar".

La fuente del presente artículo es el artículo 1268, inciso 5º, de la "Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos" para España, del año 2010.

La forma escrita es exigida a los fines probatorios.

Si la parte que realizó la oferta se halla en un lugar distante del que formuló la aceptación, se entiende que hay consentimiento desde que el proveedor conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, el proveedor no pueda ignorarla sin infringir el principio de buena fe.

Se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato (artículo 1109, CCyCN).

XLVIII. Información sobre los medios electrónicos. Fuente y denominación

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado la hipótesis en que las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica para la celebración de contratos de consumo a distancia, a través de la siguiente disposición:

"Artículo 1107.— Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos".

España ha regulado exhaustivamente el contenido de la misma y la ha enunciado en el decreto-ley 1/2007 ("Texto refundido de la ley de defensa de los consumidores y usuarios"), donde se menciona: (a) el costo de la utilización de la técnica de comunicación a distancia; (b) las características esenciales del bien o servicio; (c) los gastos.

En orden a la denominación, creemos que la más precisa es la de "contratos celebrados mediante uso de instrumentos informáticos".

XLIX. El comercio electrónico. Definición

El comercio electrónico constituye un mecanismo específico de los contratos concluidos a distancia. También Francia lo ha regulado a partir de la ley nro. 2004-575 por el que se define al comercio electrónico como "la actividad económica por la cual una persona propone o asegura a distancia y por visión electrónica el suministro de bienes y servicios". Lo expresado presupone que también, por esta vía, se suministra información en línea que incluye comunicaciones comerciales.

Se halla constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como ser compraventa de bienes o prestación de servicios lo que incluye las tratativas (negociaciones) precontractuales y la prosecución de las mismas lo que incluye la celebración del contrato y el pago electrónico.

El tema ha sido especialmente considerado en los países que integran la Unión Europea, muy especialmente a través de Directivas como la 2000/31 de la CE del Parlamento Europeo. España hizo la transposición a su derecho nacional a través de la ley 34/2002 sobre "Comercio Electrónico", bajo la denominación de "servicios de la sociedad de la información", que atrapa en su regulación no sólo la contratación de bienes y servicios por vía electrónica sino, además, el suministro de información vía internet.

L. El comercio electrónico en el Código Civil y Comercial de la Nación. Fuente

El Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a la utilización de esta técnica, a su vigencia, a su subsistencia condicional y al momento de la aceptación a través de la siguiente disposición:

"Artículo 1108.— Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación".

La fuente del presente artículo, lo es el artículo 1268, incisos 2º y 3º, de la "Propuesta para la Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos" para España, del año 2010.

En este país existe una restricción fundada en la Directiva 2000/31 de la CE referida a la información procedente de otros países, cuando exista daño o peligro grave contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Pero la regulación se halla contenida, como ya lo hemos expresado, en la ley 34/2002, donde, a los fines de proteger los intereses de los destinatarios de la información, se impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio de internet.

En ese caso, se destaca la obligación del proveedor de informar sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir el acceso a las condiciones generales a que se someta, e imprimir las mismas.

LI.— La contratación con consumidores

Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el proveedor deberá, además, auxiliarles en el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y ayudarles a corregir los errores incurridos en la

introducción de datos y confirmar la aceptación realizada una vez recibida. Es lo que establece la disposición que anotamos: "...todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos".

Obviamente, estamos haciendo referencia a la obligación de información que el proveedor debe suministrar al cliente/consumidor: debe identificarse, consignar su dirección postal y electrónica, sus números de teléfono, todo lo cual le permitirá al consumidor "entrar en contacto". Es de estilo incluir la inscripción en el Registro Público de Comercio y poner a disposición de quien lo requiera, las condiciones contractuales de una manera que permita su lectura y análisis.

LII. Formación del contrato

Como en la totalidad de los contratos, se perfecciona por el encuentro coincidente de la oferta y la aceptación. La oferta debe contener las distintas etapas útiles a los fines de concluir el contrato por vía electrónica. Los medios técnicos, ya quedó expresado, son los ordenadores quienes pueden dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa. De este modo, uno de ellos emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente. Si la misma es aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado para producir sus efectos propios, lo que presupone un contrato "entre presentes".

Si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, la propuesta queda almacenada en la memoria de su computadora. En ese caso el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo. Cuando ulteriormente se emita la aceptación, el contrato quedará formado "entre ausentes".

La declaración de voluntad mediante señales electromagnéticas (por pulsos eléctricos o registros magnéticos) queda visualizada en pantalla o es reproducida en un texto impreso. Ello constituye una decodificación y reproducción en símbolos gráficos legibles de aquello registrado en forma electromagnética.

La importancia de lo expuesto —recepción de pulsos o su decodificación— radica en la determinación del momento en que el contrato queda perfeccionado.

A nuestro entender, el contrato queda perfeccionado cuando el proponente pueda verificar —vía decodificación— sensorialmente, que la aceptación se ajusta a la oferta.

LIII. Lugar de cumplimiento. Jurisdicción aplicable. Cláusula de prórroga de jurisdicción

Todos estos temas han sido regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación del siguiente modo:

"Artículo 1109.— Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

La importancia en la determinación del "lugar de cumplimiento" reside, en los hechos, en que ese lugar "fija la jurisdicción aplicable". Y el lugar de cumplimiento lo fija el Código en aquel en el cual el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Predominantemente, el consumidor recibe el bien o el servicio en su domicilio particular o en el lugar de trabajo.

Si el proveedor incluyó en el/los documento/s contractual/es una cláusula de prórroga de jurisdicción, por anticipado, se la declara abusiva y, por tanto, se la tiene por no escrita.

LIV. Revocación del contrato. Plazo. Derecho irrenunciable

Todos los temas relativos a la revocación del contrato, han sido materia de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, empezando por el reconocimiento del derecho, de su carácter irrenunciable, de su ejercicio, del plazo, del cómputo y del efecto de las cláusulas que aludan a la imposibilidad del ejercicio del derecho. Y lo hace así:

"Artículo 1110.— Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los DIEZ (10) días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos".

LV. Fuente y consideraciones previas

La fuente de la presente disposición se halla en el artículo 159, incisos 1º y 5º, del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavia/Gandolfi), cuando hace referencia al derecho que le asiste "al consumidor insatisfecho o que ha cambiado de idea", y, parcialmente, en el artículo 34 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361.

Por nuestra parte, señalamos que la insatisfacción o el cambio de idea se hallan implícitos en la decisión del consumidor, por lo que consideramos que éste no se halla obligado a fundar su decisión. De allí que se le denomine "retractación incausada" o "discrecional".

En aquel Proyecto se declara la nulidad de todo pacto contrario a la facultad de desistir como lo constituye la renuncia (artículo 159, inciso 5°). En España, el decreto-ley 1/2007, en su artículo 101, inciso 2°, establece que "serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo".

Otra fuente análoga se halla constituida por lo dispuesto por el artículo L. 121.25, "Code de la Consommation", de Francia.

LVI. Fundamento y ejercicio del derecho de revocación

Sobre el ejercicio del derecho de revocación nos remitimos a lo ya expuesto supra. Sin perjuicio de lo cual, añadimos lo siguiente:

El ejercicio por el consumidor de su derecho de retractación importa la extinción de pleno derecho del contrato de crédito destinado a asegurar el financiamiento. No debe ser fundada. Basta con un simple desistimiento sin necesidad de justificar las razones de su decisión. Como ya quedó expresado antes de ahora, el consumidor que ejerce el derecho de retractación debe reintegrar el bien inmediatamente y en buen estado.

El derecho de revocación no debe ser confundido con el arrepentimiento. En efecto, el contrato a distancia se concluye bajo la denominación de "bon de commande", o sea con orden de pedido y si el comprador acepta el bien, la operación se retrotrae al día de la conclusión del contrato. Y por el contrario, el adquirente que no acepta el bien, hace que la venta jamás se haya concluido. Lo expresado significa que toda venta a distancia deviene una venta bajo condición de examen previo. El plazo de reflexión de diez días al que alude la disposición puede ser prolongado si existe conformidad de partes, pero no puede ser limitado en el tiempo aunque medie acuerdo ya que se trata de un plazo irrenunciable establecido por una disposición indisponible.

El inconveniente que pone de manifiesto la contratación a distancia es la imposibilidad real del consumidor de observar el bien, de contrastarlo, de verificar sus características, antes de la celebración del contrato. Ello fundamenta el derecho de revocación que se le concede.

Este derecho de retractación, de carácter discrecional, debe ser ejercido sólo por el consumidor, contrariamente a lo que acontece con el proveedor quien no podría invocar tal derecho para desvincularse de sus obligaciones. Debe ser ejercido en el plazo previsto en el artículo 1112. La excepción a este principio está dada por la circunstancia que el proveedor haya omitido informar debidamente al consumidor su derecho a revocar (artículo 1111, CCyCN).

Puede acontecer que el bien objeto del contrato haya llegado a poder del consumidor antes de la aceptación. En ese caso, el plazo se computa desde la recepción de aquél.

LVII. Deber de informar el derecho a la revocación. Fuentes

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado el deber al que se refiere el título. La disposición consagra al proveedor como titular del deber y la obligación de que la información se halle destacada del resto de las restantes cláusulas contenidas en el documento así como su ubicación en el texto, así como el efecto derivado de la falta de información. Lo hace a través de la siguiente disposición:

"Artículo 1111.— Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho".

Constituye fuente parcial de esta disposición la previsión contenida en el artículo 34, apartado 2°, ley 24.240, modificado por ley 26.361.

La obligación del proveedor, consistente en informar al consumidor por escrito su facultad de revocación, tiene como fuentes el artículo 9°, inciso 1°, del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavia/Gandolfi), donde se alude al derecho del consumidor a "desistir del contrato". En igual sentido, se lo redacta en el artículo 1267, inciso 1°, de la "Propuesta para la Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos" para España, del año 2010. A su vez, en Francia se lo enuncia como "renunciar al pedido" (artículo L. 121.25, "Code de la Consommation"). Una vez más nos hallamos con un mismo fenómeno jurídico que adopta distintas denominaciones. Entre nosotros, técnicamente no es de uso las frases "desistimiento del contrato", ni la de "renuncia al pedido". Por el contrario, examinamos la revocación como un medio de extinción del contrato. Lo propio acontece en el Código Civil italiano, artículos 800 a 809, o en el Código Civil español, artículos 644 y 1732.

LVIII. Contenido de la disposición

Debemos reconocer la riqueza de la disposición proyectada, aunque en una apretada síntesis podamos afirmar que: (a) la información que el proveedor debe suministrar al consumidor, debe serlo en caracteres destacados, de modo que su inserción en el/los documento contractual, no pase desapercibida; (b) la referida información debe ser suministrada en período de tratativas o en el documento con el que se instrumenta el

contrato; y (c) en ambos casos debe ser incluida en la disposición inmediatamente anterior a la firma del acto.

Se le asigna tal trascendencia a la información, al punto que la infracción a dicha obligación posee un efecto sobre el plazo de reflexión: se lo tiene por no extinguido mientras subsista la omisión.

LIX. Forma y plazo para notificar la revocación

En este caso, la regulación apunta al deber del consumidor consistente en notificar al proveedor su decisión y los medios que puede utilizar para hacerlo. Se lo regula del siguiente modo:

"Artículo 1112.— Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de DIEZ (10) días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110".

LX. Fuentes y plazo de la revocación

El Proyecto Europeo de Contratos (Grupo Pavia/Gandolfi) alude a la forma escrita del desistimiento (artículo 159, inciso 1º) "en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta".

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. En este sentido se decide el artículo L. 121.16, "Code de la Consommation", Francia.

LXI. Forma

Universalmente, la forma que adopta la información sobre el derecho que asiste al consumidor a revocar su aceptación es la escrita. En efecto, el artículo 1111 establece su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. En países como España se prevé la entrega al comprador en el momento de ejecución del contrato de un documento de desistimiento de la compra, lo que facilita las cosas al consumidor/adquirente ya que la mayor parte de ellos carecen de conocimientos jurídicos suficientes, pudiendo resultarles la redacción de un documento de revocación, una dificultad insalvable para el ejercicio del derecho. La excepción se halla constituida por una conducta tácita del consumidor consistente en la devolución de la cosa. Se trata de un acto inequívoco que hace presumir la revocación de pleno derecho.

LXII. Efectos de la revocación. Fuente y consideraciones previas

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los efectos derivados de la revocación a través de la siguiente disposición:

"Artículo 1113.— Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido".

Fuente parcial de esta disposición lo constituye el artículo 159, incisos 3º y 4º, del "Código Europeo de Contratos" (Grupo Pavia/Gandolfi).

Las obligaciones correspectivas refieren al reintegro por el proveedor de las sumas recibidas, sin retención de gastos (artículo 1115), aunque sí, parece razonable, el costo de la devolución del bien. La disposición no establece plazos, lo que presupone la necesidad de que lo sea "lo antes posible".

De lo hasta aquí expuesto surge evidente que, anoticiado el proveedor de la revocación del contrato, las partes se hallan habilitadas para exigir la restitución de lo entregado.

LXIII. Quid del contrato financiado

La cuestión no ha sido regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Existen precedentes legislativos donde se establece que en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o en caso de que el precio haya sido total o parcialmente acordado mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor, el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de revocación (artículo 6.4º de la ley 47/2002 que transpuso la Directiva comunitaria 7/97 relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia). Como se advierte, nos hallamos en presencia de un contrato conexo, lo que significa que a estar a lo dispuesto por el artículo 1075 del Proyecto nos hallamos frente a un supuesto de frustración de la finalidad económica del contrato.

LXIV. Imposibilidad de devolución. Fuente, principio general y excepciones

El Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado la hipótesis consistente en que la devolución por parte del consumidor, sea imposible. Lo ha hecho manteniendo subsistente el derecho a revocar el contrato aun cuando la misma le sea imputable en cuyo caso el consumidor debe afrontar el pago de la prestación a valor de mercado. Lo ha hecho a través de la siguiente disposición:

"Artículo 1114.— Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último".

La fuente se halla constituida por el artículo 1.265, inciso 5º, de la "Propuesta para la Modernización del Derecho de los Contratos y Obligaciones" para España, de 2010. El principio general consiste en que la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor o usuario, no privará a éste de ejercitar el derecho de revocación. Si la referida imposibilidad es imputable al consumidor, éste deberá afrontar el pago a valor de mercado a favor del proveedor que la prestación hubiese tenido al tiempo del ejercicio del derecho a retractación, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso sólo deberá pagar este último.

LXV. Los gastos efectuados por la retractación

En cuanto a los gastos del reintegro de la prestación el Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto:

"Artículo 1115.— Gastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella".

La disposición es clara en cuanto dispone que el consumidor se halla exonerado de gastos con motivo de haber ejercido el derecho de retractación. La referencia apunta, a continuación, a la circunstancia regulada en el artículo 1113, en el sentido de que, notificada la retractación, las partes deben reintegrarse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido. Pues bien, en ese caso, si el bien que, en su momento, recibió el consumidor ha disminuido su valor siempre y cuando sea consecuencia de su uso "conforme lo pactado o a su propia naturaleza", nada debe reembolsar. En cambio, sí tiene derecho al reembolso de los "gastos necesarios y útiles" que realizó en ella. El reembolso puede ser efectuada por todo medio de pago, ello sin perjuicio que el profesional/proveedor puede proponer una modalidad de reembolso que el consumidor puede aceptar o no.

LXVI. Excepciones al derecho de revocar

A través de una norma supletoria, el Código Civil y Comercial de la Nación ha enunciado las distintas hipótesis que constituyen excepción al derecho de revocar:

"Artículo 1116.— Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

"a) Los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

"b) Los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

"c) Los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas".

LXVII. Fuentes. Excepciones

La fuente de esta disposición la constituye la ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista de España.

Las tres excepciones al derecho de revocar a las que se alude en la disposición se fundan en un caso: (a) en la improponibilidad de la revocación cuando el bien adquirido ha sido encomendado por el consumidor quien suministró al proveedor todas las especificaciones. Dicho de otro modo, el bien o el servicio no fue ofrecido al consumidor sino, por el contrario, encargado por éste.

La otra hipótesis, emparentada con la anterior, es la que está referida a un bien personalizado, entendiéndose por tal, el que ha sido confeccionado sólo para la persona del consumidor de modo tal que, por su naturaleza, no puede ser devuelto o puede deteriorarse rápidamente.

Otra exclusión se halla constituida por los supuestos previstos en (b), ya que la circunstancia que haya sido el consumidor quien haya decodificado las grabaciones sonoras, videos, programas informáticos sitúa la hipótesis de una conducta inequívoca y concluyente de aceptación por parte del consumidor siendo, por tanto, inadmisibles la retractación. Finalmente, la naturaleza del servicio diario o periódico de suministro de prensa, publicaciones o revistas, hace imposible el ejercicio del derecho de revocar.