

## CAPÍTULO II

### CONTRATACIÓN MASIVA

#### A) EL CONTRATO EN MASA (MASIVO O EN SERIE) FRENTE AL CONCEPTO CLÁSICO DE CONTRATO

##### 1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 61. *APARICIÓN DEL CONTRATO EN MASA.* – La normativa del Código Civil no contiene reglas explícitas que regulen el tráfico en masa de bienes y servicios, en el cual, en forma directa o indirecta, inmediata o mediata, está presente la gran empresa, influyendo y estableciendo pautas en las actividades económicas. Como advierte DÍEZ-PICAZO, no es posible que la gran empresa (y vale esto también para la mediana y aun para la pequeña) formalice contratos singulares con cada uno de los posibles clientes.

Un criterio de racionalización y de organización empresarial conduce a la imposición de contratos tipo (formularios, impresos, etcétera). Las grandes empresas mercantiles e industriales, que celebran contratos en masa, imponen a sus clientes un contrato tipo previamente redactado; pero ocurre que a su vez el Estado suele establecer ciertos límites e, incluso, llega a predisponer cláusulas, en amparo del público.

Esto trae como consecuencia que, como señala DÍEZ-PICAZO, la autonomía de la voluntad de ambos contratantes y sobre todo la del cliente, se encuentra restringida en este tipo de contratos. El contrato no es ya la obra común de ambas partes, sino que una de ellas (el cliente) se limita a aceptar –o, según el caso, a rechazar– el único contrato posible.

En la contratación en masa no existe el presupuesto de la igualdad de las partes que supone el Código Civil. Ambas se encuentran en situaciones claramente desiguales, puesto que una de ellas ocupa

una posición de supremacía real respecto de la otra, e impone su esquema contractual<sup>1</sup>.

§ 62. **NUEVA CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO COMERCIAL.** – Conforme a lo expuesto precedentemente, y dentro de la dinámica y de las modalidades del comercio actual, los contratos comerciales, salvo excepciones, resultan de contrataciones en masa, lo cual hace difícil –según lo veremos más adelante– ubicarlos en la clásica estructura del contrato que prevé el Código Civil; normativa que, con arreglo al art. 207 del Cód. de Comercio, es extensible a los contratos mercantiles. Esa estructura clásica sigue siendo válida para el contrato que resulte de ofertas y contraofertas, de cambio de posturas, de *regateo*; es decir, de una negociación. Así ocurre, naturalmente, en los contratos que dentro de nuestro actual ordenamiento positivo se conocen como *contratos civiles*, y, por excepción, en algunos casos de contratación comercial en que ambas partes se ponen de acuerdo por propia y libre voluntad, como resultado de que ninguna depende del arbitrio de la otra. Pero, frente a este cuadro clásico y excepcional en el mundo de los contratos, aparecen las modernas modalidades de contratación mercantil en masa, que escapan a ese esquema, tal como ocurre con los contratos de adhesión y, en general, con las cláusulas predispuestas<sup>2</sup>.

§ 63. **EL COMERCIO Y LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE CONTRATOS.** – El Código Civil regula los contratos que podemos llamar clásicos, fiel a ciertos principios que se mantienen casi sin variantes desde el derecho romano; por ejemplo: la categoría de los contratos reales; la falta de acción ante el incumplimiento del contrato real, salvo el supuesto del art. 2244 (promesa de mutuo oneroso); la gratuitad del depósito civil. En cambio, los contratos innominados con tipicidad consuetudinaria (tipicidad social) nacen en el ámbito del derecho comercial, donde se rompen las añejas estructuras. Todo esto porque, como señala RIPERT, el empresario agudiza su ingenio para encarar negocios, sin detenerse a analizar si están o no previstos en la normativa legal; él sigue el curso impuesto por la dinámica mercantil y, como consecuencia, nos hallamos cada día frente a innovaciones que escapan de lo que se ha venido estableciendo durante siglos como principios clásicos de los contratos civiles. Sin embargo, no debemos dejarnos deslumbrar ante estas innovaciones, que no pocas veces causan dificultades y acarrear malos resultados, por el carácter mecánico que se impone a su funcionamiento. Esto último

<sup>1</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, t. I, p. 101.

<sup>2</sup> Ver REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, p. 2.

ofrece riesgos, pues en aras de una mayor celeridad y seguridad para el empresario, se pretende prescindir de ciertas situaciones individuales dignas de ser tenidas en cuenta y de recibir la pertinente tutela jurídica. Por este motivo debemos tener presente y ser permanentes estudiosos de las normas del derecho civil, que permanecen subyacentes, para corregir la injusticia y las anomalías que pueden resultar de tal funcionamiento<sup>3</sup>. El hecho de que las actuales modalidades de contratación mercantil no encajen fácilmente en las clásicas estructuras del derecho civil no autoriza a tirar éstas por la borda, ni mucho menos.

§ 64. **OPERACIÓN DE MASA (O EN MASA).** – Lo anteriormente expuesto, nos permite sostener que el derecho comercial es, fundamentalmente, el derecho de la contratación en masa, generalmente sobre la base de cláusulas predispuestas y de condiciones generales de contratación impuestas por el empresario.

El negocio se concluye generalmente mediante el empleo de formularios que contienen las cláusulas y condiciones mencionadas; también se suministran bienes y se prestan servicios utilizando aparatos de funcionamiento automático. Todo ello otorga al contrato comercial de nuestra época características propias que permiten señalar sustanciales diferencias con el contrato civil.

§ 65. **NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE JURÍDICO DEL TRÁFICO EN MASA.** – Ante la aparición de todas estas nuevas modalidades y facetas que ofrecen las contrataciones comerciales se advierte –señala MORANDI– la necesidad de “partir de la base de tener en cuenta estas realidades que surgen de la propia forma de conducirse los mercados, con su lógica repercusión en los enfoques jurídicos, trayendo como consecuencia, por un lado, el desuso de muchos institutos, y por otro, un desborde respecto de éstos, no sólo en cuanto a su regulación y al marco de su aplicación, sino también en lo relativo a los principios que lo rigen, por las limitaciones que hoy se advierten a la libertad de conclusión del contrato y a la de ‘configuración interna del negocio jurídico’, aspectos que minimizan el papel de la voluntad de las partes como representativa del poder de negociación o *bargaining power*”<sup>4</sup>. Advierte LÓPEZ DE ZAVALÍA que, pese a estas nuevas modalidades, la sustancia eterna del contrato no está en crisis, sino que está buscando su punto de equilibrio para dar satisfacción al principio de justicia, pues de otro modo estaríamos aceptando

<sup>3</sup> Ver REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 2.

<sup>4</sup> CNCom, Sala B, 8/5/87, ED, 125-243; ver voto del doctor MORANDI y autores allí citados.

que rija como ley individual lo contrario a la justicia, con tal que parezca que el contenido del contrato es lo que han convenido los contratantes. En cuyo caso –dice LÓPEZ DE ZAVALÍA–, “deberá sostenerse que las ideas correctas sobre el contrato son las que están en crisis”<sup>5</sup>.

§ 66. **¿HACIA UN NUEVO DERECHO CONTRACTUAL?** – Seguramente, debemos efectuar un enfoque más amplio del concepto de contrato que el que surge de nuestro derecho positivo actual. El derecho de los contratos comerciales se ha desarrollado en los usos y costumbres mercantiles, diversificándose y especializándose, dando nacimiento a una nueva realidad jurídica, en la cual los llamados *contratos por adhesión*, que parecieron constituir excepciones a los principios clásicos, constituyen hoy la regla en el tráfico comercial.

Esto exige a los *iusperitos* y a los jueces una visión realista de la dinámica del tráfico mercantil y les impone hallar, dentro de la normativa legal y de las costumbres y usos del comercio, las soluciones adecuadas que mejor armonicen los principios de justicia y de seguridad jurídica, dentro de cuyo marco la equidad debe servir de brújula permanente.

El legislador y el juez no pueden permanecer indiferentes a esta transformación, lo que justifica una coherente legislación sobre el derecho del consumidor y una adecuada solución de los problemas que plantean las actuales modalidades de contratación. Un claro avance en este sentido lo vemos en las normas de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

§ 67. **CONTRATOS NEGOCIADOS Y CONTRATOS NO NEGOCIADOS.** – Se considera básica esta clasificación, por encima de la distinción –siempre presente– entre contratos civiles y comerciales. Entendemos que esta clasificación –contratos negociados y contratos no negociados– puede ayudarnos para distinguir los contratos comerciales de los civiles, pues los contratos no negociados son, por lo general, comerciales, y sólo por excepción, civiles. A estos últimos corresponden la venta de unidades sujetas al régimen de propiedad horizontal o que se deban afectar a él (ley 19.724) y la venta de lotes provenientes de inmuebles fraccionados cuyo precio se paga en mensualidades (ley 14.005). En el ámbito de las relaciones comerciales el contrato no negociado es casi la regla.

El ejemplo más característico lo tenemos en las llamadas “relaciones de consumo” (art. 42, Const. nacional), que merecen la particular tutela que brinda la ley 24.240, pues la voluntad del consumidor y del usuario sólo vale para aceptar las cláusulas predispuestas

<sup>5</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría. Parte general*, p. 49.

y las condiciones generales impuestas por el empresario (o comerciante) o abstenerse de contratar. Aquí nada se discute.

El contrato no negociado es el resultado de la contratación en masa, característica de la actividad económica de mercado. Si en el futuro se presentare algún proyecto de unificación del derecho privado semejante al que obtuvo sanción de ambas Cámaras y fue posteriormente vetado por el Poder Ejecutivo, u otro proyecto por el estilo, en el cual pueda resultar impropio hablar de contratos civiles y contratos comerciales, siempre será procedente, pese a tal unificación, tener en cuenta esta diferencia: contratos negociados y contratos no negociados.

Los contratos civiles –salvo rara excepción– son el resultado de una negociación entre dos partes: invitación a negociar, tratativas previas, oferta, contraoferta, replanteo, etcétera. Por eso los denominamos *contratos negociados*.

El contrato comercial en masa rara vez es el resultado de una negociación de esa naturaleza. La mayoría de los contratos comerciales se celebra según algunas de estas modalidades o varias de ellas al mismo tiempo: *a)* contratos de formulario o contrato tipo; *b)* condiciones generales de contratación; *c)* contrato de adhesión; *d)* contrato normado, y *e)* contrato de ventanilla, etcétera.

REZZÓNICO, citando a SANTOS BRIZ, nos da este claro ejemplo: quien se acerca a la ventanilla del autobús interurbano o de la línea aérea u otro servicio ofrecido en masa, sabe que no le es dado obtener trato particular alguno respecto de su persona, condiciones del viaje ni seguridad del equipaje. En la mayoría de los casos la tarifa está indicada en el mismo lugar donde se obtienen los pasajes, y quien viaje se limita a mencionar el lugar de destino y a entregar el dinero: una sola palabra mueve todo un sistema de sobreentendidos, donde ninguno de los dos seres humanos que se encuentra uno frente a otro puede modificar las condiciones preimpuestas<sup>6</sup>.

Por tal razón, señalamos como característica general del contrato mercantil, el ser *no negociado*.

Para calificar al contrato como no negociado acudimos –eso sí– a criterios objetivos resultantes de las modalidades y procedimientos impuestos por la empresa oferente de los bienes y servicios volcados masivamente, como necesidad derivada de este modo de operar, y no a problemas subjetivos del oferente o del adquirente. Esto último puede ocurrir en una contratación civil, ya que el ofertante no

<sup>6</sup> SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, p. 102, y *Derecho civil*, t. III, p. 272; REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 3, nota 7, quien cita ambas obras de SANTOS BRIZ.

está obligado a aceptar las modificaciones que pretenda la otra parte (art. 1152, Cód. Civil); en cuyo caso a ésta no le queda otra alternativa que aceptar en los términos propuestos o no contratar. Pero, repetimos, si se da esta última situación es por una razón subjetiva y no por una objetiva, como es, en cambio, la que deriva de las necesidades del tráfico masivo.

§ 68. **CONTRATOS PARITARIOS Y NO PARITARIOS.** – Esta terminología, en cierto modo, coincide con la de contratos negociados y contratos no negociados, pues hace referencia a que exista o no paridad económica, técnica o de otro orden que permita a ambas partes –o impida a una de ellas– discutir el contenido del contrato y llegar a un acuerdo que concilie –en la medida de lo posible– ambos intereses.

Aunque se trata de una terminología aceptable, consideramos que se está refiriendo, más que al contrato en sí, a la situación en que se halla una parte frente a la otra en el momento de contratar; por ello es correcto expresar que el contrato negociado resulta de una posición paritaria de los contratantes, en tanto que el no negociado es la consecuencia de una posición no paritaria.

Esto nos conduce a advertir que, en virtud de las circunstancias apuntadas, hay casos en que la oferta puede ser susceptible de negociación (oferta negociable); en tanto que en la contratación masiva no existe esa posibilidad –por lo menos como regla caracterizante de la dinámica mercantil– por cuyo motivo se trata de una oferta no negociable.

§ 69. **CONTRATOS NEGOCIADOS EN EL CAMPO DEL DERECHO MERCANTIL.** – Lo anteriormente expuesto no significa excluir del campo del derecho comercial a los contratos negociados, sobre todo cuando se trata de los celebrados entre empresas.

a) **MARGEN DE VIGENCIA DEL CONTRATO NEGOCIADO EN EL COMERCIO ACTUAL.** No se puede negar de modo absoluto la vigencia del contrato negociado en el comercio actual. En la vida mercantil se celebran frecuentemente contratos negociados, recurriéndose a las figuras clásicas, así como a los tradicionales modos de contratación. Esto ocurre, por lo general, en los contratos celebrados entre empresas en situación paritaria. También el comerciante al por menor, el mediano empresario y el pequeño, suelen contratar admitiendo discutir con su cliente las condiciones contractuales dentro del marco clásico de la oferta y la aceptación<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 14.

b) *CONTRATOS NO NEGOCIADOS: DE "MODO ABSOLUTO" Y DE "MODO RELATIVO"*. Aun tratándose de contratos sujetos a condiciones generales de contratación es frecuente que al celebrarse se pacten una o más condiciones particulares que modifiquen e incluso deroguen alguna de aquéllas, sin que tal particularidad quite al conjunto su esencia<sup>8</sup>. Entendemos, en consecuencia, que podemos hablar de contrato no negociado "de modo absoluto" y contrato no negociado "de modo relativo". El primer caso se da en el ejemplo del billete para viajar en un medio de transporte público con tarifas fijas; el segundo se presenta en los supuestos en que es posible negociar el precio, las condiciones de pago o alguna otra modalidad del contrato que admita —por voluntad del predisponente— ciertos márgenes de flexibilidad, recurriendo a las llamadas "condiciones particulares".

§ 70. *CUESTIONES QUE PLANTEA LA CONTRATACIÓN EN MASA. BASE DE LAS RELACIONES MERCANTILES.* — Todo esto nos demuestra que es necesario en materia comercial, especialmente cuando se trata de los contratos no negociados, rever los clásicos principios, entre otros, los requisitos de la oferta (revocabilidad y caducidad), pues el comercio cumple, en alguna medida, lo que podemos llamar "servicio público impropio". En lo que respecta al consumidor y al usuario, la ley 24.240 atiende estas cuestiones en los arts. 7° y 8°.

Debe reverse también todo lo relativo a la prueba de los contratos comerciales, y no sólo en lo que respecta a los no negociados.

§ 71. *LA COSTUMBRE JURÍDICA COMO FUENTE DEL DERECHO.* — La mayoría de los problemas que origina el tráfico en masa, así como gran parte de los contratos e institutos de aplicación diaria en el comercio, se rigen por la costumbre, además de los usos observados uniformemente en la actividad económica.

Expresa ROMERO<sup>9</sup> que la costumbre puede ser definida como la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que ella responde a una necesidad jurídica (esta costumbre debe distinguirse de los usos convencionales, o usos del comercio, y de los usos legales).

Los usos constituyen en sí mismos prácticas generalizadas; una suerte de repetición de actos de un mismo tipo, de modo que los usos son las causas, en tanto la costumbre es el efecto. En otros

<sup>8</sup> Dice REZZÓNICO: "Es lo que dispone la ley de seguros 17.418 en el art. 11, párr. 2°, al tratar de los elementos de la póliza, declarando que 'podrán incluirse en la póliza condiciones particulares'" (*Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 14 y 15).

<sup>9</sup> ROMERO, *Curso. Parte general*, t. I, p. 112.

términos —expresa este autor—, la reiteración de un modo determinado de conducta constituye un uso, en tanto la costumbre viene a ser el derecho generado por esa repetición, a partir de cuyo momento puede ser reputada como de vigencia obligatoria, según el consenso general.

a) *LA COSTUMBRE Y EL DERECHO COMERCIAL.* El derecho comercial nació como derecho basado en las costumbres, carácter que mantuvo durante siglos. Incluso las clásicas recopilaciones reales hechas en los siglos XVII y XVIII (ordenanzas) fueron simplemente colecciones ordenadas de disposiciones consuetudinarias que constituyeron la fuente de todo el derecho comercial. Esta característica se mantiene aún vigente, pese al dictado de los códigos de comercio que se sucedieron a partir del Código francés de 1807.

La costumbre jurídica consiste, pues, en determinados comportamientos consuetudinarios observados y aceptados en una comunidad organizada políticamente con la convicción de su obligatoriedad heterónoma. La costumbre ha sido y es la base primera del derecho comercial, en cuanto este comportamiento consuetudinario, uniforme y generalizado, representa un precepto aceptado con la misma fuerza obligatoria que una ley dictada por la autoridad competente<sup>10</sup>.

Esto es muy importante, pues muchos de los interrogantes que nos planteamos hallan su adecuada respuesta en la costumbre. Señala DAVID que no todo el derecho se encuentra en el derecho escrito. De hecho, el Estado no tiene la posibilidad de dictar leyes que cubran todos y cada uno de los aspectos de la conducta humana, por lo que hay que relacionar el concepto de derecho viviente con la norma jurídica que es una parte del derecho viviente. Los hechos jurídicos forman las bases del derecho viviente —señala este autor—. La proposición jurídica puede o no ser una parte de éste; todo depende de si la proposición jurídica realmente guía o no conductas. Si es parte del derecho viviente, puede serlo porque éste fue sancionado como derecho escrito o porque una proposición jurídica se ha transformado en modelo para conductas actuales<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> ROMERO, *Curso. Parte general*, t. I, p. 115.

<sup>11</sup> DAVID, *Sociología jurídica*, p. 79; dice ahí que “la administración de justicia va actualmente mucho más allá de la ley escrita. Hay dos fuentes de conocimiento del derecho viviente. La primera y más importante de ellas es el documento jurídico moderno. La segunda fuente que EHRLICH recomienda es la observación directa de la vida, del comercio, de los usos y de todas las asociaciones, no sólo de aquellas asociaciones que la ley ha reconocido, sino de las que ha ignorado y aun de las mismas que desaprueba”. Se puede consultar, asimismo, la obra de EHRLICH, *Fundamental principles of the sociology of law*, p. 130.

b) *EL "IUS MERCATORUM" ("LEX MERCATORIA")*. La importancia de la costumbre como fuente del derecho comercial y la creciente necesidad de acudir a ella para resolver adecuadamente los problemas de la actividad mercantil, nos recuerdan la experiencia que determinó en el medioevo el nacimiento del *ius mercatorum*.

VERDERA Y TUELLS<sup>12</sup> expresa que, actualmente, el protagonismo empresarial en la elaboración normativa es evidente en el ámbito reservado al imperio de la autonomía de la voluntad, en el que los agentes económicos de nuestro tiempo van creando sus propias reglas autónomas de comportamiento, integradoras de la nueva *lex mercatoria*, nacida de circunstancias similares a las que dieron origen a la *lex mercatoria* del medioevo (expresión afortunada debida, desde hace más de un cuarto de siglo, a los esfuerzos de Goldman). El reconocimiento de la existencia de una *lex mercatoria* como verdadero orden jurídico, sobre todo en el comercio internacional, se apoya, en las formulaciones maduras a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la consideración del consenso común como regla vinculante de la conducta humana y, por tanto, como fuente creadora de derecho. La doctrina —expresa VERDERA Y TUELLS— sin desconocer el papel predominante del derecho escrito, estima que el gran empeño del Estado moderno, de pretender reducir todo el derecho positivo a normas escritas de origen estatal, se ha esfumado definitivamente. En los países que más se destacaron en la tendencia a la unificación del derecho privado, la doctrina más atenta —que ve en la proclividad a la “comercialización” del derecho civil “aspectos cambiantes e inequívocos”— descubre a su vez, un proceso de “recomercialización” del derecho mercantil (repudiando el criterio del acto aislado de comercio, propio de la teoría objetiva), en consonancia con sus conductas históricas, con la subsiguiente recuperación de su autonomía y de su capacidad creadora.

c) *LA COSTUMBRE EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO*. El art. 17 del Cód. Civil dispone: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*”.

El Código de Comercio, en dos acápites del Título preliminar (II y V), se refiere a la costumbre, así como también en el art. 218, inc. 6º. Por lo tanto, en virtud de tales disposiciones, no cabe duda de que los usos y costumbres crean derecho en el ámbito mercantil. De no ser así el tráfico mercantil estaría condenado a la asfixia, y nos hallaríamos frente a problemas insolubles si pretendiéramos resolverlos exclusivamente sobre la base del derecho legislado.

<sup>12</sup> VERDERA Y TUELLS, prólogo a la obra de DERAIS, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, p. 28.

Incluso el legislador argentino suele emplear en los textos legales términos extraídos de la costumbre y prácticas mercantiles, como ocurre en el art. 38 de la ley 24.240. En efecto: allí se refiere a los *contratos en formulario, condiciones generales, condiciones estandarizadas, contratos reproducidos en serie*. No hay disposición legal que nos dé un concepto de tales expresiones, de modo que el intérprete ha de acudir al significado que les otorga la costumbre mercantil más el necesario auxilio de la doctrina jurídica.

d) *PRUEBA DE LA COSTUMBRE*. Si es notoria la costumbre, el juez debe hacer aplicación de ella, pues se trata de una norma objetiva, aun sin consentimiento o invocación de parte. La costumbre —dice BARBERO— es un dato espontáneo de la vida de los pueblos y existe en cuanto es actuada<sup>13</sup>. Entendemos que el juez no puede limitarse a una invocación genérica de los *usos y costumbres*, sino que debe especificar en cada caso de qué costumbre se trata, pues debe evitarse la arbitrariedad a toda costa.

§ 72. *LAS COSTUMBRES Y LOS TÉRMINOS UTILIZADOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL*. — Uno de los frecuentes problemas que debe afrontar el comercio internacional es el referido al empleo de determinados vocablos o frases, generalmente en inglés, como asimismo los derivados de la utilización de siglas (CIF, FOB, etc.) de uso consagrado en las relaciones de esta naturaleza. Ello impone a los comerciantes la necesidad de lograr una interpretación común del significado de los diferentes términos, abreviaturas, siglas y expresiones que emplean en sus contratos comerciales con el exterior. Cuando existen interpretaciones encontradas se traba el intercambio, pues ello conduce a malentendidos, discusiones, diferencias y recursos ante los tribunales, con la consiguiente pérdida de tiempo, dinero y —lo que es más grave— de confianza. El Comité de Términos Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional procura eliminar estas dificultades mediante los *incoterms*.

a) *“INCOTERMS”*. Esta palabra abrevia, a modo de acrónimo, la frase inglesa que en español significa “términos del comercio internacional”. Los *incoterms* son reglas para la interpretación de los términos comerciales utilizados con mayor frecuencia en el comercio internacional, mediante una serie de normas de carácter facultativo destinadas a precisar el sentido exacto de ellos.

Las reglas actualmente en vigencia son las preparadas por el Comité de Términos Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional, revisados en 1990.

<sup>13</sup> BARBERO, *Sistema del derecho privado*, t. 1, p. 98.

Explica MORENO<sup>14</sup> que, mediante los *incoterms*, se ha establecido un idioma común para evitar que las disparidades existentes en la terminología empleada en los usos y costumbres comerciales de los diversos países entorpezcan el intercambio, originando los malentendidos, diferencias y discusiones a que nos hemos referido.

b) *LOS "INCOTERMS" 1953 Y LA REVISIÓN DE 1990*. El Comité de Términos Comerciales de la Cámara de Comercio Internacional al formular los llamados *incoterms* 1990, y en la revisión de 1980, ha partido de los *incoterms* 1936 manteniendo, en lo posible, su terminología y principios básicos, con el objeto de facilitar su empleo a quienes ya utilizaban los anteriores.

Las bases que inspiran los *incoterms*, responden a los siguientes principios orientadores: 1) determinar, con la mayor claridad y precisión posibles, los derechos y obligaciones de las partes, y 2) las reglas se ajustan a los usos más generalizados en el comercio internacional.

c) *PRINCIPALES EXPRESIONES COMPRENDIDAS EN LOS "INCOTERMS"*. Nos referimos a algunas de las expresiones incluidas en los "*incoterms* 1990".

1) *"EX WORKS"* (*"EX FACTORY, EX WAREHOUSE"*). Significa la mercadería en obligación de entregar en el local del vendedor. Según esta cláusula, el precio comprende la mercadería embalada y colocada para ser recibida por el comprador en el lugar indicado siendo los gastos por cuenta del comprador.

2) *"FREE CARRIER"*. El vendedor cumple entregando la mercadería al transportista designado en el lugar convenido.

3) *FAS ("FREE ALONG SIDE")*. Significa "franco a lo largo del navío". La abreviatura FAS debe ir seguida del nombre del puerto de embarque. En virtud de ella, el precio cubre la mercadería puesta a lo largo del navío en el muelle del puerto convenido; todos los gastos y riesgos corridos hasta ese sitio, están a cargo del vendedor.

4) *FOB ("FREE ON BOARD")*. Significa "franco a bordo". La abreviatura debe ir seguida del nombre del puerto de embarque. El precio se refiere a mercadería puesta a bordo del barco, con todos los gastos, derechos y riesgos a cargo del vendedor hasta el momento en que la mercadería ha pasado la borda del barco. El flete queda excluido de las obligaciones del vendedor.

5) *CFR o C&F ("COST AND FREIGHT")*. Traducido a nuestro idioma es "costo y flete". La abreviatura debe ir seguida del nombre del

<sup>14</sup> MORENO, *Manual del exportador*, p. 439; MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 248 y siguientes.

puerto de destino convenido. En este caso el precio comprende la mercadería puesta en puerto de destino con el flete pagado; como el seguro no es a cargo del vendedor, debe ser contratado por el comprador.

6) *CIF* (“*COST, INSURANCE, FREIGHT*”). Significa costo, seguro y flete. La abreviatura debe ir seguida del nombre del puerto de destino. En este caso el precio comprende la mercadería colocada en puerto de destino, flete pagado por el vendedor y seguro contratado, a cargo también del vendedor.

7) “*FREIGHT (OR CARRIAGE) PAID TO*”. Significa “flete a cargo del vendedor” hasta el punto de destino que se determina.

8) “*FREIGHT OR CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO*”. Esta cláusula es similar a la anterior, pero el vendedor debe asegurar la mercadería durante el transporte.

9) “*EX SHIP*”. Significa “en el barco”. A esta frase debe seguirle el nombre del puerto de descarga convenido. El precio cubre la mercadería con gastos y riesgos hasta ser puesta a disposición del comprador a bordo del barco en el puerto de destino, lista para la entrega.

10) “*EX QUAY*”. El vendedor debe poner la mercadería a disposición del comprador en el muelle en el puerto de destino convenido.

11) “*DELIVERED AT FRONTIER*”. Significa obligación para el vendedor de colocar la mercadería en la frontera, pero antes del límite aduanero del país designado en el contrato.

12) “*DELIVERED DUTY PAID*”. El vendedor se obliga a poner la mercadería a disposición del comprador en el lugar por él señalado “libre de derechos”.

13) “*DELIVERED DUTY UNPAID*”. El vendedor debe poner la mercadería en el lugar convenido del país de importación a disposición del comprador; pero son a cargo de éste los derechos de aduana, otras cargas fiscales y los trámites aduaneros

## 2) PRINCIPALES CUESTIONES QUE DIFERENCIAN AL CONTRATO COMERCIAL EN MASA DEL CONTRATO CIVIL

§ 73. **INTRODUCCIÓN.** – Analizaremos aquí los problemas de mayor importancia que plantean los contratos mercantiles –especialmente en la contratación en masa– frente a los preceptos del Código Civil, refiriéndonos, fundamentalmente, a los contratos no negociados.

§ 74. **¿EXISTE UNA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR?** – El contrato ha sido exhibido como la máxima expresión de la autonomía de la vo-

luntad, y, por tanto, nadie puede ser obligado a contratar. Sin embargo, ¿puede admitirse que el único comerciante que haya en una localidad decida vender a unos sí y a otros no? ¿Puede admitirse que todos los comerciantes de una zona decidan “boicotear” a una persona y no venderle por razones raciales, ideológicas o religiosas? En materia civil se puede elegir a un cocontratante teniendo en cuenta hasta su modo de saludar; pero en materia comercial el empresario pone en circulación bienes y servicios destinados al público para la satisfacción de necesidades de todo orden y por ello no puede admitirse que efectúe discriminaciones de ninguna especie, salvo las derivadas del crédito. Veamos cómo trata la cuestión el derecho francés, el italiano y el argentino.

a) *DERECHO FRANCÉS.* Señala FARJAT que el derecho francés, como otros, reprime la negativa de venta o de prestación de servicios de todo productor de bienes o servicios. “Dicho de otra manera, los empresarios no tienen la posibilidad de negarse a contratar (salvo los casos de motivo legítimo): están en situación de oferta permanente. Tienen, por otra parte, la prohibición de efectuar prácticas discriminatorias respecto de sus clientes”<sup>15</sup>.

b) *DERECHO ITALIANO.* El art. 1336 del Cód. Civil italiano dispone: “La oferta al público, si contuviera los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como propuesta, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos”. A su vez, el art. 1330 de dicho Código contiene una excepción al principio general de caducidad de la oferta por muerte o incapacidad del oferente, pues cuando la oferta fuera hecha por un empresario en el ejercicio de su función, no se produce tal caducidad. Basta citar estos dos artículos del Código Civil italiano para advertir que, pese a la unificación del derecho privado, el legislador se ha visto precisado a establecer diferencias cuando una de las partes es un empresario, lo cual nos está diciendo que dicho Código constituye más una unificación formal que sustancial, porque es imposible desconocer la realidad.

c) *DERECHO ARGENTINO.* La obligación de contratar impuesta a los prestadores de servicios públicos surge del art. 42 de la Constitución (modif. en 1994) y de las normas específicas reguladoras de los diversos servicios de esta naturaleza; pero de modo muy explícito esta obligación es impuesta por la ley 24.240 a los empresarios y comerciantes, en favor de los consumidores y usuarios, desde el momento en que exhiben su mercadería o la ofrecen por los distintos

<sup>15</sup> FARJAT, *Las enseñanzas de medio siglo*, en CUADRA (comp.), “Estudios de derecho económico”, t. II, p. 30.

medios al público. El art. 7º de la ley 24.240 expresa: “La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

§ 75. **CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO COMERCIAL EN MASA.** – El consentimiento en los contratos negociados es el resultado de tratativas que logran conciliar intereses opuestos y divergentes. Se resume diciendo que es el acuerdo de voluntades. Nada de esto ocurre en los contratos no negociados, lo que merece ser tenido en cuenta por el juez, pues sólo en apariencia existe el acuerdo, sobre todo en el contrato por adhesión, en el cual el cliente, pese a no estar conforme con las cláusulas predispuestas por el estipulante, no tiene más remedio que dar su aceptación lisa y llana, para satisfacer la necesidad que lo impulsa a contratar. Lo mismo ocurre en los casos de comportamientos concluyentes, por ejemplo: tomar la mercadería del estante del almacén de autoservicio<sup>16</sup>.

La actividad económica se vuelca a lo masivo, lo que conduce irremisiblemente a lo masivo en lo jurídico –señala REZZÓNICO–, con la imposición de fórmulas estrictas en las contrataciones de bienes y servicios, dentro de estructuras rígidas generalmente inmodificables, que quitan significación al principio del *común acuerdo* de que trata el art. 1137 del Cód. Civil, de forma tal que en la mayoría de los casos hablar de consentimiento se torna dudoso.

§ 76. **CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS EN MASA.** – Podemos decir que en estos contratos, sobre todo en los contratos por adhesión, el consentimiento tiene una mínima expresión pues el adquirente se limita a aceptar las condiciones impuestas por el predisponente. Pese a esta postura de sumisión no podemos desconocer que, aun dentro de esos estrechos límites, existe consentimiento, pues no se trata de comportamientos impuestos por la ley o por la autoridad del Estado.

El hecho de que hablemos de *consentimiento* en estos contratos, no implica desconocer las condiciones en que él se forma, lo cual debe ser tenido en cuenta a fin de lograr soluciones justas (o por lo menos equitativas) en caso de conflicto.

<sup>16</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 430.

§ 77. **EL SILENCIO EN LOS CONTRATOS DONDE UNA DE LAS PARTES ES EMPRESA.** – Dispone el art. 919 del Cód. Civil: “*El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*”. Este artículo se refiere a las relaciones jurídicas en general. En lo que interesa a los contratos, es de aplicación la parte de su texto en donde expresa que “el silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o interrogación”, salvo en los casos siguientes: *a)* que haya una obligación de contestar (o explicarse) exigida por la ley, y *b)* que dicha voluntad pueda inferirse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

En las relaciones mercantiles el silencio guardado por el cliente frente a la empresa habrá de interpretarse en su favor (es decir, será “no vinculante”), dentro de las pautas y con las excepciones marcadas por el art. 919 del Cód. Civil. Pero el criterio interpretativo ha de ser más flexible cuando el silencio es guardado por la empresa (así se trate de una relación con otra empresa), pues la dinámica comercial, dentro de los actos que se vinculan a los negocios ordinarios de la empresa, exige claridad de comportamiento en pro de la celeridad y seguridad de las transacciones mercantiles. En este sentido se puede citar un fallo donde el tribunal expresa que la recepción de la factura por la demandada, sin impugnarla ni efectuar el mínimo pedido de aclaración (aquí el art. 73, Cód. de Comercio, otorga carácter vinculante al silencio) no justifica *su silencio posterior ante la reclamación* de pago que le hace el acreedor (aquí juega el art. 919, Cód. Civil, en su último párrafo). Dice el tribunal: “Recepcionados estos documentos por la demandada, como lo ha reconocido, no se justifica su silencio y se configura uno de los supuestos en que la ley exige una manifestación expresa de voluntad bajo sanción de interpretar el silencio como conformidad (art. 919, Cód. Civil). Esta conclusión, que obedece a elementales principios de buena fe contractual, debe conjugarse con lo dispuesto en el art. 73 del Cód. de Comercio, pues dichas normas (art. 919, Cód. Civil, y art. 73, Cód. de Comercio) *son aplicables a todas las negociaciones comerciales*”<sup>17</sup>.

Comentando este fallo, DI IORIO expresa: “Se perseguía el cobro de una suma de dinero correspondiente a distintos trabajos de repa-

<sup>17</sup> CNCom, Sala E, 13/2/86, RDCO, 1986-89, con nota de DI IORIO, *El silencio en materia mercantil*.

ración de automotores por los que el actor había remitido diversas facturas a la demandada, que reconoció su recepción y que no fueron impugnadas. A ese silencio el tribunal le ha otorgado el valor de una declaración de voluntad por aplicación de lo dispuesto en el art. 919 del Cód. Civil... llevando la doctrina amplia a su máxima expresión, consideró, con invocación de 'elementales principios de buena fe contractual', que los efectos del silencio en la rendición de cuentas *constituye un principio general* que emana del art. 73 del Cód. de Comercio, *aplicable a todo tipo de negociaciones comerciales*; excluyendo así la defensa del demandado, que alegaba la inaplicabilidad del art. 474 por hallarse éste previsto solamente para las compraventas. La posición doctrinal asumida resulta importante, pues si se hubiera optado por la doctrina tradicional el tribunal no podría haber aplicado el art. 73 previsto para la rendición de cuentas, o el art. 474 para la compraventa, y, por tanto, no podría haber inferido del silencio asumido frente a la presentación de las facturas, una consecuencia probatoria<sup>18</sup>.

§ 78. **LA PUBLICIDAD COMO DETERMINANTE DE LA CONTRATACIÓN EN EL COMERCIO ACTUAL.** – Como señala PACKARD, hoy día no puede discutirse que la publicidad, en general, es una fuerza manipuladora de la voluntad de los individuos. Las agencias de publicidad –informa este autor– gastan millones de dólares anuales para modelar los hábitos de consumo de los norteamericanos (y del resto del mundo), a un promedio de casi seiscientos dólares por familia en los Estados Unidos de América, durante la década del setenta. La actual sociedad de consumo está sujeta a mensajes publicitarios, ideados para modificar el estilo de vida y las actitudes de la gente, con la meta de crear consumidores cada vez más insaciables, lo cual comienza a considerarse como algo *funcional* en las sociedades altamente tecnificadas<sup>19</sup>.

Además, la publicidad tiende a alentar la adquisición, en forma inmediata, de bienes y servicios cuya necesidad es creada artificialmente mediante la televisión, pues la mente conserva la imagen del producto, y eso despierta el deseo de adquirirlo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> DI IORIO, *El silencio en materia mercantil*, RDCO, 1986-90.

<sup>19</sup> PACKARD, *Los moldeadores de hombres*, p. 131; advierte este autor que la moderna publicidad para lograr el máximo resultado vendedor ha centrado sus fuegos en los niños mayores de tres años, ya que éstos son consumidores directos de millones de dólares en mercaderías y servicios e influyen en las compras de los adultos por un valor adicional de muchos miles de millones de dólares. Cita el siguiente comentario de un agente de publicidad: "Si de veras quieren tener grandes ventas, utilizarán al niño como su vendedor asistente. El chico berrea y machaca hasta que quiebra la resistencia de su madre o de su padre".

<sup>20</sup> "El medio para comercializarlo es el televisor recepto-emisor. Basta con instalar junto al aparato de TV una consola a botones, más fácil de manejar que una

a) *INFLUENCIA EN LAS CONTRATACIONES EN MASA.* Debe señalarse la *confianza* que despierta en el público la publicidad dirigida con el fin de estimular la adquisición de bienes o servicios, poniendo de resalto sus bondades y conveniencias. El público generalmente adquiere los bienes y servicios sobre la base de esta publicidad bien orquestada, a punto tal, que la gente llega a identificar el producto con la marca más publicitada.

Como señala GHERSI<sup>21</sup> el comercio actual, mediante la publicidad, hace conocer bienes y servicios, con la intención de generar negocios jurídicos masivos, con la metodología del contrato de adhesión o –por lo menos– estándar. Esta publicidad puede abarcar actos de diversa naturaleza; desde aquel que sólo resalta algunas cualidades, hasta el que, además, establece las condiciones generales o particulares de la contratación. Dos problemas plantea esta publicidad: 1) la referida a la lealtad comercial, y 2) la adhesión implícita a las condiciones generales de contratación contenidas en dicha publicidad, a veces, no explícitamente.

b) *PUBLICIDAD Y LEALTAD COMERCIAL.* La ley de lealtad comercial 22.802 dispone en el art. 9º: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o de propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

A su vez, el art. 20 faculta a las autoridades de aplicación, en caso de violación del art. 9º y si la gravedad del caso lo aconsejare, a disponer “la publicación completa o resumida del pronunciamiento sancionatorio, por cuenta del infractor utilizándose el mismo medio por el que se hubiera cometido la infracción, o el que disponga la autoridad de aplicación”.

c) *PUBLICIDAD Y CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.* Éste es otro problema que puede plantear la publicidad: ¿hasta qué punto las condiciones generales anunciadas en la publicidad pero no insertas en el *ticket*, boleto o comprobante, deben entenderse implícitamente aceptadas por el cliente?

---

calculadora de bolsillo. Usted, telespectador, obedece las órdenes o exhortaciones que el vendedor envía desde la pantalla, oprime tres o cuatro botones y a la mañana siguiente tendrá en su puerta la mercadería que le indujeron a comprar. Pague después” (PACKARD, *Los moldeadores de hombres*, p. 134).

<sup>21</sup> GHERSI, *La publicidad inductiva integra la relación contractual*, JA, 1989-II-940.

Generalmente, en la publicidad no se halla completo el esquema contractual propuesto, pero se determinan las *líneas rectoras* de la contratación predispuesta. Ello viene a reemplazar a las tratativas preliminares y logra la *credibilidad* del público consumidor, generándole una *expectativa razonable*; esto crea la necesidad de una protección jurídica, que en el derecho alemán se define como la “defensa del interés de confianza”<sup>22</sup>.

Acerca del tema, REZZÓNICO menciona el fallo de un tribunal francés, en el cual se resolvió una cuestión que, aunque distinta a la aquí planteada, puede servir para resolver el problema examinado<sup>23</sup>. Dicho juicio versaba sobre el carácter obligatorio o no, para el cliente, de las condiciones generales insertas en el certificado de seguro que se obtenía en un aeropuerto por medio de una *vending machine*. El tribunal tomó en cuenta que el cliente adhería antes de conocer las condiciones, sin oportunidad de leer las cláusulas, por tanto declaró inválida la estipulación por la cual la empresa se exoneraba de responsabilidad, contenida como condición negocial general.

d) *EFFECTOS VINCULANTES DE LA PUBLICIDAD*. Dispone el art. 8º de la ley 24.240: “Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”.

#### § 79. *LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR EN NOMBRE DE LA EMPRESA.*

Por lo común, el cliente que adquiere un bien o utiliza un servicio ofrecido masivamente por una empresa, no sabe quién es la persona que actúa en nombre de ésta, ni tampoco si está autorizada para ello. Si en la contratación en masa se aplicara estrictamente lo dispuesto por el art. 1161 del Cód. Civil, se desataría el pánico general.

El art. 1161 dispone que el contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, *es de ningún valor*, y no obliga ni al que lo hizo. A nadie se le ocurre que en el fárrago de los negocios dentro de la dinámica con que se atiende al público, sea posible que cada cliente exija a la persona que lo atiende en nombre de la empresa la exhibición de la pertinente autorización o poder. Aun cuando se pretendiera aplicar este artículo a la contratación masiva, habría que coordinarlo con el art. 1874 del Cód. Civil, que dispone: “*El mandato tácito resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o*

<sup>22</sup> GHERSI, *La publicidad inductiva integra la relación contractual*, JA, 1989-II-940. Puede verse, además, la obra (citada por GHERSI) de RODRÍGUEZ AGUILERA, *La realidad y el derecho*, p. 606.

<sup>23</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 387.

*silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre”.*

Pero, por encima de esas disposiciones generales concebidas fundamentalmente para los contratos civiles, en el Código de Comercio hallamos normas específicas que permiten resolver estas cuestiones de modo adecuado a la naturaleza del tráfico mercantil. Respecto de los factores de establecimientos mercantiles, el Código dispone: “*Los factores constituidos con cláusulas generales, se entienden autorizados para todos los actos que exige la dirección del establecimiento. El propietario que se proponga reducir estas facultades, debe expresar en la autorización las restricciones a que haya de sujetarse el factor*” (art. 135).

El art. 136 expresa: “*Los factores deben tratar el negocio en nombre de sus comitentes. En todos los documentos que suscriban sobre negocios de éstos, deben declarar que firman con poder de la persona o sociedad que representan*”.

Luego, establece el Código: “*Tratando en los términos que previene el artículo antecedente, todas las obligaciones que contraen los factores recaen sobre los comitentes. Las acciones que se intenten para compelerles a su cumplimiento, se harán efectivas en los bienes del establecimiento, y no en los propios del factor, a no ser que estén confundidos con aquéllos de tal modo, que no puedan fácilmente separarse*” (art. 137).

Finalmente, en el art. 138 dispone: “*Los contratos hechos por el factor de un establecimiento comercial o fabril, que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, se entienden celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo declarase al tiempo de celebrarlo, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si aun cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan presunción legal*”.

Los arts. 147, 148, 151 y 152 del Cód. de Comercio regulan la situación de los empleados de un establecimiento mercantil, que no revisten la calidad de factor.

Así, el art. 147 expresa: “*El comerciante que confiera a un dependiente de su casa el encargo exclusivo de una parte de su administración, como el giro de letras, la recaudación y recibo de capitales, bajo firma propia, u otras semejantes en que sea necesario firmar documentos que produzcan obligación y acción, está obligado a darle autorización especial para todas las operaciones comprendidas en el referido encargo, la que será anotada y registrada en los términos prescriptos por el art. 133.*

*No será lícito, por consiguiente, a los dependientes de comercio girar, aceptar ni endosar letras, poner recibo en ellas, ni suscribir ningún otro documento, de cargo ni descargo, sobre las operaciones de comercio de sus principales, a no ser que estén autorizados con poder bastante legítimamente registrado*” (ver también arts. 8º y 9º, decr. ley 5965/63).

El art. 148 dice: *“Sin embargo de lo prescripto en el artículo precedente, todo portador de un documento en que se declare el recibo de una cantidad adeudada, se considera autorizado a recibir su importe”*.

Con respecto a los dependientes encargados de vender por menor en tiendas o almacenes públicos, éstos *“se reputan autorizados para cobrar el precio de las ventas que verifiquen, y sus recibos son válidos expidiéndolos a nombre de sus principales. La misma facultad tienen los dependientes que venden en los almacenes por mayor, siempre que las ventas sean al contado, y el pago se verifique en el mismo almacén; pero cuando las cobranzas se hacen fuera de éste, o proceden de ventas hechas a plazos, los recibos serán necesariamente suscriptos por el principal, su factor o legítimo apoderado constituidos para cobrar”* (art. 151).

Por último, refiriéndose a las anotaciones contables, el art. 152 dice: *“Los asientos hechos en los libros de cualquier casa de comercio, por los tenedores de libros o dependientes encargados de la contabilidad, producen los mismos efectos que si hubieran sido personalmente verificados por los principales”*.

a) **CRITERIO MÁS AMPLIO ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN PARA CONTRATAR EN NOMBRE DE LA EMPRESA.** Puede ocurrir que los supuestos previstos por las normas legales citadas precedentemente no se den en la práctica con una nitidez que disipe las dudas acerca de las facultades de quien actúa en nombre de la empresa. Frente a las sospechas que puedan surgir en este terreno, la doctrina y la jurisprudencia han venido esforzándose en hallar fórmulas de equidad, en amparo del público que contrata de buena fe.

Dice CARIOTA FERRARA: *“Según la elaboración doctrinal más reciente, se puede entender por legitimación la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico”*<sup>24</sup>.

Para resguardar la buena fe del público consumidor, ante el tráfico en masa de bienes y servicios, cabe tener presente estas refle-

<sup>24</sup> CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 528.

xiones de CARIOTA FERRARA: “Hay casos en los que un sujeto, incluso no teniendo ni por disposición de la ley ni por voluntad de otro el derecho o la facultad de disponer del patrimonio ajeno, puede realizar negocios o actos jurídicamente relevantes para tal patrimonio. Tal sujeto no tiene el derecho o la facultad de obrar y sin embargo, su negocio o acto es relevante frente al titular del patrimonio. Este caso comprende al que enajene y transmita la cosa mueble ajena a otro de buena fe, a quien coloca en situación de propietario y, por consiguiente, el verdadero dueño deja de serlo, así que aquéllos (*non dominus*) tienen la posibilidad de actuar de modo relevante sobre derecho ajeno (derecho del propietario); lo mismo que puede decirse para el *ex dominus* que, después de haber enajenado la cosa mueble (propia) a uno, la enajena a otro de buena fe y la entrega a éste”<sup>25</sup>.

b) *AUTORIZACIÓN, PODER DE DISPOSICIÓN Y ASENTIMIENTO*. Conforme expresa Mosco, la figura de sustitución presenta, como caracter esencial común a todas sus formas posibles, el de reflejarse sobre el patrimonio ajeno todo efecto del negocio, tanto ventajoso como desventajoso, lo mismo en la adquisición de un derecho que en la de una obligación (salvo el conocimiento para cada una de las formas de cuál es el instrumento técnico por cuyo medio se verifica la vinculación del efecto con el patrimonio ajeno). En esta amplia categoría se incluyen –dice Mosco– tanto la gestión de negocios ajenos en sentido propio, como el mandato sin representación, o la representación en sus diversas formas.

Destaca Mosco que las diversas formas de sustitución encuadran en el *poder de disposición*, la *autorización* y el *asentimiento*. La legitimación de quien contrata por la empresa debe analizarse a partir de la figura de la *autorización*. Advierte que para una más exacta configuración dogmática de la categoría de la autorización ayudará su encuadramiento en la *amplísima categoría de los asentimientos* (en alemán *Zustimmungen* o *Einwilligungen*), categoría que todavía no ha encontrado una exacta sistematización científica ni en Alemania, donde el BGB, ha dedicado a esta materia cinco artículos (§ 181 a 185).

Mosco dice que según la opinión que parece más digna de tenerse en cuenta, la *autorización* es un negocio por el cual se confiere esencialmente un poder de disposición, de modo que el autorizado puede ejecutar actos que incidan en la esfera patrimonial del autorizante. “Las especies de efectos prácticos, conseguibles –expresa este autor– y por lo mismo, las especies de negocio que el autorizado puede realizar sobre la base de la autorización, son numerosas y muy

<sup>25</sup> CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 522.

diferentes. La institución de la autorización es de fácil y reconocido uso en la venta de cosas muebles que el autorizante confía al autorizado, confiriéndole el poder de enajenarla. Una particular tipificación de una relación de esta índole se produce en la disciplina del *contrato estimatorio*, donde la norma del art. 1558 reconoce expresamente la posibilidad jurídica de conferir a otros el poder de disponer sobre las cosas consignadas<sup>26</sup>.

La autorización puede ser expresa o implícita.

c) *TEORÍA DE LA APARIENCIA*. Esta teoría parte del supuesto de que, con frecuencia, una persona obra a nombre de otra sin poderes suficientes, sin contar con una autorización (ver parágrafo anterior) y, sin embargo, la circunstancia que rodea su gestión hace razonable suponer que obra en ejercicio de una autorización suficiente. En el conflicto entre el interés de quien no dio autorización suficiente y el del tercero de buena fe, que creyó por razones serias que tal autorización existía, la ley se inclina frecuentemente por éste último, protegiendo así la seguridad jurídica<sup>27</sup>.

La teoría de la apariencia se ha ido imponiendo, como expresa VENINI<sup>28</sup>, a raíz de la multiplicación y extensión de los negocios, favorecido esto por la velocidad de las comunicaciones, la concentración de la oferta y demanda en los grandes núcleos urbanos, la necesidad de economizar tiempo y actividad, y la prisa, que es signo de estos tiempos. Todos ellos son factores que han determinado la aparición en el derecho, de deber ser siempre fiel instrumento de la realidad, la teoría de la apariencia.

La apariencia jurídica surge como uno de los efectos de la buena fe desde el punto de vista objetivo; y se asienta en el común error de creer que a ciertos estados de hecho corresponden determinados sustentos jurídicos válidos. Se trata de la creencia excusable de un sujeto en la supuesta existencia de un derecho o de una facultad.

La apariencia, con los alcances señalados, es producto de una situación fáctica con entidad suficiente para inducir a error a cual-

<sup>26</sup> MOSCO, *La representación voluntaria*, p. 35 a 43.

<sup>27</sup> BORDA, *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. II, p. 467. Ver, además, Juzg<sup>1</sup> Inst Civ Cap, 13/10/43, JA, 1945-II-651; CNCiv, Sala B, 24/10/66, JA, 1967-II-175; íd., Sala D, 22/8/75, JA, 1976-II-173; íd., íd., 10/7/86, ED, 121-115; CApel Junín, 4/8/81, JA, 1982-III-239.

<sup>28</sup> VENINI, *La revisión del contrato*, p. 269, explica que nuestro derecho ha receptado la teoría de la apariencia antes de la reforma del Código Civil en los siguientes artículos: 3430 (heredero aparente), 970 (acción de fraude), 960 (simulación), 966 (no oponibilidad del contradocumento en la simulación contra sucesores de buena fe), 1874 (mandato aparente), 2130 (enajenación onerosa por el copermutante o constitución de derecho real).

quier sujeto medio de la comunidad. Dicha situación debe ser considerada con relación a una multiplicidad de casos, en los cuales el error consiste en tener la creencia de que existe una situación jurídica válida<sup>29</sup>.

Por ello, para admitir la apariencia, la buena fe exige una conducta diligente en la concertación de los actos jurídicos, conocida como *buena fe-creencia*, porque, como lo establece el art. 1198 del Cód. Civil, los contratos deben concertarse obrando con cuidado y previsión, lo que importa la necesidad de una actividad diligente, no una negligente conformidad con la apariencia. Para esto debe complementarse la *buena fe objetiva* con la *buena fe subjetiva*, ya que esta última debe consistir en creer, sin incurrir en negligencia, que la apariencia de una relación o situación jurídica surge como real y auténtica para quien, por circunstancias de hecho ajenas a su voluntad, no conoce la falta de legitimación o la incapacidad de su contratante, o bien los vicios que le afectan o las circunstancias que limitan sus facultades o derecho<sup>30</sup>.

Dice CARIOTA FERRARA: "En estos casos y en otros afines, del nuestro y de otros ordenamientos, no puede negarse que un no titular del derecho o del patrimonio en general, tiene la posibilidad de realizar negocios o actos sobre cosas o derechos ajenos; y a veces, tiene la posibilidad de disponer de éstos y de hacerlos valer incluso mediante acción, así que asume una especie de investidura o posición de propietario titular aparente"<sup>31</sup>.

¿Por qué razón el legislador defiende al tercero que confía en la apariencia, en su conflicto con el *verus dominus*? La respuesta no puede ser más que una: lo defiende en razón de su buena fe. Quien de buena fe ha tratado con un individuo a quien creía autorizado para celebrar el negocio, tiene derecho a hacer valer tal creencia, tanto cuando su buena fe se apoya en una exterioridad formal o registral (apariciencia artificial o provocada), como cuando tiene por base la exteriorización que resulta inmediatamente de hechos en su dimensión intrínsecamente manifestativa (apariciencia natural o espontánea)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> GUILLÉN, *Nutidad y apariencia, LL*, 1984-A-772.

<sup>30</sup> CCivCom SFe, Sala I, 4/12/79, *JA*, 1980-III-512. NOVILLO SARAVIA, *Consecuencias anómalas de los actos jurídicos: inoponibilidad y apariencia, LLC*, 1986-153, secc. doctrina; expresa este autor que en nuestro ordenamiento jurídico, el verdadero fundamento o *condicio iuris*, para que funcione la teoría de la apariencia es la buena fe engendrada por un error de hecho excusable (art. 209, Cód. Civil), es decir, que no provenga de una negligencia culpable.

<sup>31</sup> CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 533.

<sup>32</sup> GORDILLO, *La representación aparente*, p. 469 y 470; dice: "La buena fe tiene carácter de motivo justificante de la medida legal de protección del tercero. No es, por tanto, que por razones de otro tipo (abstracción negocial, protección del tráfico)

d) *SUPUESTOS EN LOS QUE SE APLICA LA TEORÍA DE LA APARIENCIA*. Desatacamos los siguientes:

1) El apoderado que, actuando con exceso en el ejercicio de su poder, obliga al poderdante frente al tercero que hizo fe de la apariencia jurídica que surgía del acto de apoderamiento, resulta ser un legitimado para celebrar un negocio jurídico sobre una cosa ajena.

2) Cuando por diversas causas cesan los efectos del acto de apoderamiento: revocación del poderdante, renuncia del apoderado, fallecimiento o incapacidad sobreviniente del uno o del otro (art. 1963, Cód. Civil), pese a lo cual el ex apoderado continúa invocando el poder ya extinguido frente a terceros. Para que esos efectos cesen frente a los terceros con los cuales el apoderado ha contratado, se requiere que éstos hayan sabido o podido saber la extinción del acto de apoderamiento (art. 1964, Cód. Civil).

3) En general, las veces que se ha creado una apariencia jurídica de representación voluntaria, el falso representante resulta legitimado para disponer del patrimonio ajeno frente al tercero que obró diligentemente y con buena fe-creencia<sup>33</sup>.

4) Nuestra ley brinda ejemplos de otros supuestos de legitimación, no obstante que quien dispone del patrimonio ajeno carezca de poder legal o convencional para proceder de ese modo. La venta de la cosa ajena, seguida de la tradición, cuando se trata de cosa mueble y ésta no ha sido ni robada ni perdida, y el adquirente es de buena fe, goza de los efectos del principio de que, en materia de cosas muebles, la posesión vale por título (*en fait de meubles, possessions vaut titre*)<sup>34</sup>.

---

se sancione la validez de la situación aparente y tal sanción sólo se detenga ante la mala fe (con significado impeditivo) del tercero; es la protección de la buena fe la que desencadena, en la valoración del legislador, la medida legal de protección". En otro párrafo agrega GORDILLO: "El fundamento de la teoría de la apariencia está constituido por: la buena fe y la protección del tráfico. Buena fe, porque sin ella ni siquiera puede hablarse de apariencia jurídica. Protección del tráfico, porque rechazada la concepción culpabilista de la apariencia, la buena fe del tercero no podrá oponerse siempre y en todo caso a una situación de culpa en el *verus dominus*, justificante de la norma protectora del primero. Neutralizadas recíprocamente la buena fe del tercero y del *dominus*, la protección de la apariencia supone una opción legal en favor del tráfico. Pero nótese que, aun así, el dato originante de la opción legal arranca de la protección de la buena fe: el tráfico es protegido en razón de la buena fe; no es la buena fe la que, indirectamente, queda protegida a través de la protección del tráfico" (citas tomadas de RODRÍGUEZ, *El mandato aparente*, JA, 1990-II-968). Sobre el tema, ver también SPOTA, *Instituciones. Contratos*, vol. II, p. 242, n° 317; ANDORNO, *La teoría de la apariencia*, ED, 116-930.

<sup>33</sup> CNCiv, Sala E, 20/11/63, LL, 115-80; íd., íd., 18/8/70, LL, 144-558; íd., íd., 28/12/71, JA, 15-1972-145.

<sup>34</sup> CNFedCivCom, Sala I, 11/12/81, ED, 98-565; CNCiv, Sala D, 10/7/86, ED, 121-115; JA, 1987-I-98, secc. índice. Estos fallos parten de la base de que los inte-

En verdad, el art. 2412 del Cód. Civil determina: “*La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida*”.

§ 80. **EL ARTÍCULO 58 DE LA LEY 19.550. FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES.**

El objeto social indicado en el acto constitutivo determina implícitamente los límites de las facultades del administrador, pues, dentro de las actividades normales de la sociedad, éste no puede ir más allá de tal objeto. El estatuto puede limitar a los administradores ciertas facultades que les son connaturales. El problema radica en determinar si tales restricciones, establecidas en el estatuto e inscriptas, son oponibles a los terceros de buena fe.

El sistema estatutario sostiene que tales limitaciones son oponibles, pues el tercero, al contratar con la sociedad, debe precaverse de que el administrador esté actuando dentro de las facultades conferidas y que no se exceda de ellas.

El sistema legal sostiene que las restricciones no son oponibles a los terceros de buena fe y que, pese a tales limitaciones, son válidos todos los actos que el administrador realice dentro del objeto de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a dicho administrador, frente a los socios, por la violación de sus deberes. La ley 19.550 ha adoptado este último sistema, lo cual parece acertado, teniendo en cuenta las características que asume el tráfico comercial en la actualidad.

El art. 58 dispone: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural. Estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción”.

---

reses del tráfico comercial y de la buena fe, que deben servir de postulado a las relaciones que surgieran con los terceros, imponen la necesidad de la protección de éstos, cuando el principal consiente que la actividad del representante exceda las facultades de que goza.

La ley utiliza una fórmula bastante amplia: “actos que no sean notoriamente extraños al objeto social”<sup>35</sup>.

Con respecto a la administración plural, el art. 58 declara responsable a la sociedad frente a terceros en todos los casos en que sus administradores actúen violando las restricciones estatutarias, siempre que los actos no sean notoriamente extraños al objeto social. Cuando se viole la obligación de actuar conjuntamente, la sociedad responde sólo en los siguientes casos: a) obligaciones contraídas mediante títulos valores (letras de cambio, pagarés, etc.)<sup>36</sup>; b) celebración de contratos entre ausentes; c) celebración de contratos de adhesión, y d) celebración de contratos concluidos mediante formularios.

§ 81. **LOS MENORES EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL.** – Los menores son adquirentes de bienes y usuarios de servicios ofrecidos al público, en forma habitual y cada vez en mayor cantidad. Se trata de una realidad que nadie puede desconocer, y que crea serias preocupaciones a los teóricos del derecho frente a disposiciones tan terminantes como las contenidas en los arts. 1160, 1164 y 1165 del Cód. Civil.

Si nos colocamos dentro de las normas estrictas del Código Civil, el contrato comercial celebrado por un menor es siempre nulo. Lo determina el art. 1160: “*No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa*”. A su vez el art. 1164 dispone: “*El derecho de alegar la nulidad de los contratos, hechos por personas incapaces, sólo corresponde al incapaz, sus representantes o sucesores, a los terceros interesados, y al ministerio de menores, cuando la incapacidad fuere absoluta, y no a la parte que tenía capacidad para contratar*”.

<sup>35</sup> La ley francesa de sociedades del 20/12/69 adoptó la directiva del Consejo de Comunidades del 9/3/68, que consagra la noción de *prokura* en la administración de las sociedades por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, con lo cual se amplía la tutela brindada a los terceros de buena fe: “La sociedad queda obligada frente a terceros por los actos cumplidos por sus órganos, salvo que dichos actos excedan los poderes que le atribuye o permite atribuir a estos órganos, aun en caso que estos actos no se refieran al objeto social de la sociedad”. Pero cuando hay mala fe o ignorancia culpable del tercero, se restablece el límite que impone el objeto social a las facultades de los administradores.

<sup>36</sup> La CNCom, Sala A, 26/9/74, DE, III-382, ha dicho que la circunstancia de que los pagarés en ejecución estén firmados por el gerente, sin que su firma haya sido refrendada por el tesorero y el secretario, como lo establece el contrato social, no incide sobre su eficacia como papeles de comercio, ni afecta su validez intrínseca, por tratarse aquélla de una estipulación destinada a regular la vida interna de la sociedad. No resulta oponible, por tanto, a los terceros cuya buena fe debe ser necesariamente preservada en aras de la seguridad y legitimidad de que están investidos los títulos cambiarios, desde que son lanzados a la circulación.

Según las normas citadas, si, por ejemplo, un menor de edad compra un libro de estudio, un cuaderno, o una golosina ese contrato es nulo, y cabe aplicar el art. 1165 del Cód. Civil, que dice: "*Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz*". Es evidente que esto choca con la realidad y con las necesidades propias del menor (viajar en los medios urbanos de transporte, comprar sus útiles y libros escolares, beber su gaseosa, etcétera).

Advirtiendo el problema que se plantea en las contrataciones en masa de la vida diaria, LÓPEZ DE ZAVALÍA formula un distingo útil a estos fines: habla de *macrocontratos* y de *microcontratos*<sup>37</sup>. Este autor expresa que, sin renunciar al principio de nulidad de los contratos celebrados por incapaces, hay razones suficientes para aceptar su existencia en la vida diaria, y buscar una solución adecuada sin violentar la ley. Los contratos celebrados por incapaces a nombre propio, sean grandes o pequeños –dice LÓPEZ DE ZAVALÍA– son nulos, según el art. 1160 y concc. del Cód. Civil; pero, tratándose de microcontratos, cabe para éstos una solución adecuada a la realidad del quehacer cotidiano. Siguiendo a este autor podemos caracterizar a estos últimos como los de adquisición de bienes o servicios de poco valor, que responden a las necesidades de la vida diaria, o para uso o esparcimiento del menor, y cuyo precio se paga al contado. Para LÓPEZ DE ZAVALÍA debe entenderse que el incapaz está autorizado a contratar, cuando concluye un microcontrato en forma manual, por dación de dinero. Está dentro de los usos de la vida que se entregue al incapaz pequeñas sumas de dinero para las operaciones de la vida cotidiana, y la posesión del dinero es, según ese uso, el índice más claro de la autorización conferida por su padre o representante legal dentro de los principios del mandato tácito; pero esta autorización no puede suponerse y por tanto el contrato será nulo en los siguientes casos: primero, cuando los microcontratos no se realizan manualmente; y segundo, la de los que concertándose en esa forma, se verifican por una prestación del incapaz, que no consista en una dación de dinero (puede pensarse que el incapaz está autorizado a comprar utilizando el dinero en su tenencia, pero no va a vender las cosas que tenga)<sup>38</sup>.

La tesis que desarrolla LÓPEZ DE ZAVALÍA es de gran utilidad para la seguridad del tráfico mercantil. Sin que esto implique una crítica,

<sup>37</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría. Parte general*, p. 77.

<sup>38</sup> Ver la completa argumentación expuesta por LÓPEZ DE ZAVALÍA en apoyo de la validez de estos microcontratos (*Teoría. Parte general*, p. 77 y siguientes).

creemos que, dentro de los supuestos desarrollados por dicho autor, la validez de los contratos celebrados por incapaces en esas condiciones está admitida por la costumbre mercantil como fuente de derecho en el ámbito del derecho comercial (teoría del Título preliminar, V, Cód. de Comercio).

a) *CONTRATOS CELEBRADOS POR MENORES ADULTOS.* Nuestro Código Civil, en el art. 1160, considera a los menores de edad no emancipados como personas incapaces para prestar consentimiento en los contratos. Sin embargo, el menor adulto no es una persona total y absolutamente incapaz, sino que goza de una capacidad de obrar limitada, como consecuencia del especial estado civil en que se halla, de la dependencia a que la ley la somete respecto de los órganos familiares, y de la especial protección que se le concede o se le dispensa.

Ello significa que los contratos celebrados por un menor adulto no son, por razón de la edad, contratos absoluta y radicalmente nulos; son, simplemente, anulables o impugnables a instancia del representante legal del menor o del propio menor, cuando éste llega a la mayor edad. No puede impugnarlos la parte que contrató con el menor (art. 1164, Cód. Civil). Éste y su representante legal pueden, además, confirmar tales contratos expresa o tácitamente, con la consecuencia de que la confirmación purifica el contrato desde el momento de su celebración. El plazo de prescripción de esta acción (dos años) está contemplado en el art. 4031 del Cód. Civil.

b) *EL MENOR COMO LOCADOR DE SERVICIOS O DE OBRA.* Merece una consideración aparte el especial tratamiento que nuestro ordenamiento positivo otorga al menor como locador de servicio o de obra. MARES<sup>39</sup> analiza los siguientes supuestos:

1) Si se trata de un menor que no alcanza los catorce años, incapaz absoluto, el contrato carece de eficacia, aun cuando se hubiera celebrado con intervención de los padres del incapaz, pues éstos sólo pueden obligarlo a prestar la colaboración propia de su edad (art. 277, Cód. Civil), por lo que no es razonable encuadrar en tal concepto un trabajo obligatorio que deba realizar para terceros.

2) Si se trata de menores de catorce hasta dieciocho años en principio pueden obligarse a prestaciones personales con autorización de los padres (art. 275, Cód. Civil). Esta autorización se presume por la ley cuando, de hecho, ejercen algún empleo, profesión o industria (art. 283). La ley los autoriza a administrar y disponer por sí mismos del producto de su trabajo, aptitud ésta que surge de

<sup>39</sup> MARES, en ETCHEVERRY, y otros, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 228 y siguientes.

la facultad que, en tal supuesto, les confiere para donar el art. 1807, inc. 7º, del Cód. Civil, y se refuerza con el hecho de que dicho producto queda fuera del usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de los hijos (art. 287, inc. 1º, Cód. Civil)<sup>40</sup>.

Agrega MARES que ello implica que si no existe autorización paterna el contrato es nulo –de nulidad relativa– no siéndole exigible al menor la prestación ni respondiendo por incumplimiento frente al locatario. Si aquella autorización existe, por el contrario, el contrato es válido y exigible la prestación, respondiendo el menor con los bienes cuya administración y usufructo el ordenamiento les confiere (arts. 283, 505 y 628, Cód. Civil). No hay, en cambio, responsabilidad solidaria ni subsidiaria de los padres, pues no se trata de un delito o un cuasidelito cometido por el menor (art. 1114), sino del incumplimiento de éste en un contrato lícito, en que los padres actuaron como meros representantes necesarios a los que son aplicables las reglas del mandato (arts. 519, 1870, inc. 1º, y 1930).

3) Los menores de más de dieciocho años, tienen plena capacidad para obligarse a prestar servicios personales sin necesidad de autorización paterna (art. 128, Cód. Civil), por lo que, cuando asumen el papel de locadores que comprometen su propio trabajo, quedan equiparados a los mayores de edad, pudiendo disponer, incluso a título gratuito, de las remuneraciones que perciban (art. 1807, inc. 7º, Cód. Civil)<sup>41</sup>.

En igual situación que los mayores de dieciocho años, se halla el menor, cualquiera sea su edad, que tenga título habilitante para ejercer una profesión, respecto de todas las prestaciones personales a que se obligue, inherentes a su ejercicio (art. 128, Cód. Civil)<sup>42</sup>.

§ 82. **LA PRUEBA EN LOS CONTRATOS COMERCIALES.** – Atenderemos sus principales aspectos.

a) *FORMA Y PRUEBA DE LOS CONTRATOS COMERCIALES.* Las nuevas modalidades de contratación tornan de difícil aplicación las clásicas reglas que sobre forma y prueba de los contratos contienen el Código

<sup>40</sup> MARES, en ETCHEVERRY y otros, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 228 y siguientes.

<sup>41</sup> Expresa MARES, en ETCHEVERRY y otros, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 228 y ss., que carecen de capacidad para ofrecer el trabajo de terceros en los términos del art. 1163 del Cód. Civil, puesto que aquí no es su actividad personal la que comprometen, sino su responsabilidad patrimonial en el supuesto de que el tercero se negare a realizar la prestación. Sí pueden hacerlo, en cambio, si ejercen su representación, por cuanto el mandato puede ser conferido a un incapaz (art. 1897, Cód. Civil).

<sup>42</sup> MARES, en ETCHEVERRY y otros, *Contratos. Parte especial*, t. 1, p. 228 y siguientes.

Civil y el Código de Comercio. Se impone un nuevo enfoque que responda a las características que hoy presenta el tráfico mercantil, teniendo en cuenta los usos y costumbres, fuentes permanentes del derecho comercial.

Las reglas sobre la forma que deben observar los contratos civiles (e, incluso, los contratos comerciales en los que se debaten sus condiciones) y los requisitos acerca de su prueba son lógicas, y responden a las especiales características de tales contratos, producto de una negociación, a veces lenta, y de propuestas y contrapropuestas, en las que las partes tratan (personalmente o por medio de representantes), luego discuten y redactan cada una de las cláusulas, y, por último, firman dos ejemplares de un mismo tenor (art. 1021, Cód. Civil).

En el tráfico en masa, propio de los contratos comerciales entre las empresas y el público, ese modo de contratar resulta imposible; por eso es necesario rever todo lo atinente al régimen sobre forma y prueba de tales contratos.

b) *DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO SOBRE FORMA Y PRUEBA DE LOS CONTRATOS.* Si nos atuviéramos al art. 209 del Cód. de Comercio, todos los contratos deberían celebrarse por escrito; por tanto, no podrían producir acción en juicio (art. 210, Cód. de Comercio) al no cumplir con tal formalidad (salvo las excepciones previstas en los arts. 1191 y 1192, Cód. Civil).

Según el art. 208 del Cód. de Comercio, los contratos comerciales pueden justificarse por documentos privados, firmados por los contratantes o por algún testigo, a su ruego y en su nombre. Evidentemente, esta disposición aparece inaplicable en el tráfico comercial moderno, pues resulta imposible cumplir con tal formalidad: los boletos de ferrocarril, de ómnibus, los billetes aéreos, las entradas a espectáculos públicos, etc., no llevan firma, y a nadie se le ocurre negar su valor probatorio.

Hay algunos contratos cuyo comprobante el consumidor recibe, firmado y sellado, pero sin poder saber a quién pertenece la firma ni el sello, ni la legitimación del firmante. Podría sostenerse que en casos así deberá acudirse al principio de prueba por escrito del art. 1192, párr. 2º, del Cód. Civil, pero esto es de resultado incierto y de dudosa seguridad para el cliente. Todo indica la necesidad de otorgar normativamente un nuevo enfoque a este problema, sin perjuicio de acudir entre tanto a los usos y a la costumbre, fuente permanente, esta última, del derecho comercial.

c) *VALOR PROBATORIO DE LOS "TICKETS", BILLETES AÉREOS, ENTRADAS PARA ESPECTÁCULOS, ETCÉTERA.* Estos documentos son, por lo general, los únicos que se utilizan en el llamado tráfico de ventanilla o de mos-

trador, y hasta resultan insustituibles; pero no sólo se utilizan en estos casos; también se emplean en los depósitos en los guardarrropas, para recuperar el valor de envases dados en préstamo (vales), etcétera.

Los *tickets* no forman una categoría distinta de los billetes aéreos, de los pasajes o de las entradas, pero dado el incremento del tráfico en masa, cada vez más se tiende a denominar con este vocablo a instrumentos propios de la contratación moderna.

Generalmente, señala REZZÓNICO, se denomina *ticket* al trozo de papel, cartón o cartulina, por lo común impreso, de tamaño pequeño —que lo hace apropiado para guardar en el bolsillo del consumidor o usuario—, y que contiene la identificación del comercio, la fecha (y a veces, la hora), el precio parcial y total y, según la naturaleza de la operación, una sumaria noticia de ella. Este papel queda en poder del cliente, ya para requerir la prestación o servicio, ya como simple comprobante para exigir la devolución de lo depositado<sup>43</sup>.

d) *¿CUÁL ES SU VALOR PROBATORIO?* Consideramos que todo elemento destinado a acreditar el contrato, que aparezca librado en el tráfico en masa de bienes y servicios, hace fe contra la empresa que impone ese modo probatorio a los usuarios y a cuyo cargo aparece emitido (billetes aéreos, boletos de transporte, etc.), salvo que ésta pruebe su falsedad y la mala fe del tenedor del instrumento. Esta postura se fundamenta en la necesaria tutela que merece el público en general frente a un modo de contratación impuesto por la empresa que, por razones prácticas y en su beneficio adopta este sistema; por lo cual debe asumir el riesgo que ello origina.

e) *PRUEBA DE LOS CONTRATOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.* Nuestra jurisprudencia trata de flexibilizar el rigor formal de los arts. 208 a 210 del Cód. de Comercio, y acude para esto al “principio de prueba por escrito” (art. 1192, Cód. Civil). Así se ha dicho: “Puede tenerse por cumplido el requisito de existencia del principio de prueba por escrito (art. 209, Cód. de Comercio) con el sello colocado en el remito... El principio de prueba por escrito consiste en cualquier manifestación del adversario comprobada en juicio que haga verosímil el hecho exigido; debe dar al contrato una seria apariencia de verdad; no requiere firma, ni que haya sido escrito personalmente por el adversario; basta que sea la expresión consciente de la volun-

<sup>43</sup> Según REZZÓNICO, el vocablo *comprobante* es preferible, pues se trata de un documento —sea éste rudimentario o complicado— que representa un hecho acudiendo a la percepción visual y tiene, por lo mismo, *significación probatoria*. Dentro de este dilatado concepto, comprobante será tanto una factura como un número de guardarrropa. Empero, el uso común lleva prácticamente a identificar el *ticket* y el comprobante (*Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 435).

tad de la persona de quien emana... El principio de prueba por escrito puede tenerse por acreditado aun no mediando documento firmado por la parte contraria<sup>44</sup>.

## **B) INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMERCIALES EN EL TRÁFICO EN MASA. CLÁUSULAS ABUSIVAS**

§ 83. **EL PROBLEMA.** – En la dinámica del comercio actual, el adquirente de los bienes o servicios que la empresa lanza masivamente al mercado, se somete a las condiciones de contratación que ésta impone. Mediante las cláusulas predispuestas, las condiciones generales del contrato y, por lo común, aprovechando su posición dominante en la contratación, las empresas procuran tener, frente a la parte contraria, posiciones jurídicas ventajosas de todo orden, para lo cual emplean *cláusulas abusivas*, en detrimento de los derechos del público consumidor.

Como bien advierte SANTOS BRIZ, una de las cuestiones que plantean las condiciones generales de los contratos y las cláusulas predispuestas, y cuyo estudio ofrece mayor interés, es el de las limitaciones que ha de señalarse a su contenido para poder salvaguardar la buena fe y la seguridad de la contratación, pues la libertad de estructuración del contenido del contrato no es ilimitada. La validez de las condiciones generales dependerá, por lo tanto, no sólo del examen de si han sido impuestas con abuso de una posición monopolística, o si su contenido se refiere a disposiciones inmorales o contrarias a las buenas costumbres o a la buena fe, sino también si son violatorias de las normas dispositivas, cuya vigencia es desplazada frecuentemente por las cláusulas impuestas en las condiciones generales. Tales normas dispositivas tienen una función ordenadora, basada en una situación normal de intereses valorada por el legislador, que no pueden, sin más, ser excluidas. En ningún caso podrá ser tergiversada la ordenación de las relaciones jurídicas querida por la ley.

Toda vez que las condiciones generales impliquen una desviación de las normas dispositivas, los contratos concertados a tenor de éstas sólo podrán justificarse si existen razones objetivas que aconsejen una estructuración especial, y siempre que se observen los límites antes aludidos. Dice SANTOS BRIZ: “En consideración a estos criterios nada habrá que objetar si, por ejemplo, una empresa que ha de llevar a efecto muchos contratos establece para facilitar su gestión condiciones uniformes de pago y de entrega para todos ellos, en tanto las

<sup>44</sup> CNCom, Sala B, 18/12/86, JA, 1987-IV-50.

condiciones negociales no impliquen una regulación inadecuada e injustificada, teniendo en cuenta la finalidad pretendida. Lo mismo puede decirse cuando los preceptos legales sancionadores de garantías en caso de vicios en las cosas son sustituidos para ciertos productos industriales por otras disposiciones de las condiciones negociales, estableciendo, por ejemplo, en lugar de la redhibición la reparación gratuita de la cosa en caso de manifestarse algún vicio en ella. En el examen de la adecuación y validez de estas condiciones ha de ponerse especial cuidado cuando a través de ellas se excluye o limita notablemente la responsabilidad por culpa. Semejante estipulación ha de considerarse por regla general inválida, salvo que la situación de hecho especial no corresponda a la regulada en la ley<sup>45</sup>. Conforme expresa SANTOS BRIZ, todo esto determina, en ciertos casos, que se niegue validez a las cláusulas insertas en los contratos así concertados, aunque tales cláusulas no impliquen infracción alguna contra las buenas costumbres, pues siempre hay un interés general de carácter político del Estado en asegurar la soberanía de la ley<sup>46</sup>.

Este mecanismo de contratación, llevado a cabo mediante cláusulas predispuestas, responde a una necesidad del comercio moderno y no es posible suprimirlo, dadas las características de las contrataciones en masa que exige la economía actual. En consecuencia, resulta ineludible que la formación y ulterior desenvolvimiento de las relaciones contractuales queden sometidas a las condiciones dictadas por el empresario.

Entonces —advierten los STIGLITZ— hace su aparición en escena la gran protagonista de esta técnica negocial: la cláusula abusiva, vejatoria, leonina, gravosa, onerosa, etcétera<sup>47</sup>.

El problema de las cláusulas abusivas ha alcanzado tal gravitación que todo un arsenal normativo, un formidable esfuerzo doctrinal y la rica creación pretoriana que exhibe el derecho comparado apuntan a su control. En nuestro país, una corriente doctrinal cada vez más amplia se orienta en este sentido.

<sup>45</sup> SANTOS BRIZ, *Derecho económico y derecho civil*, p. 184. Al respecto, STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 93, destacan que la estructura moderna de la empresa requiere una regulación uniforme de sus relaciones con terceros, circunstancia que se ve facilitada en razón de que la característica esencial del contrato por adhesión consiste en la eliminación de las tratativas preliminares, de tal suerte que no nos hallamos frente a una simple preordenación del contenido contractual formulado por una de las partes —circunstancia que puede ser, incluso, común en el contrato discrecional—, sino que la totalidad del esquema viene predispuesto rigidamente por el empresario, lo que conlleva la inalterabilidad del texto.

<sup>46</sup> SANTOS BRIZ, *Derecho económico y derecho civil*, p. 182 y 183.

<sup>47</sup> STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 95.

El derecho positivo argentino ha recepcionado de modo explícito estos principios en la ley 24.240, especialmente en los arts. 37 y 38.

§ 84. **CLÁUSULAS ABUSIVAS.** – Constituyen cláusulas abusivas, que merecen ser revisadas por los tribunales, las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por vicios en las cosas; las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte; las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa o establecen a su cargo, en concepto de indemnización por responsabilidad, sumas inferiores a las que puedan corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos, etcétera. Por ello, de acuerdo con los arts. 21 y 953 del Cód. Civil, se examinará si alguna cláusula es contraria a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, especialmente en los casos en que, pese a no conocer el cliente las condiciones generales, se presume su acatamiento a ellas como usual en el tráfico. Puede considerarse lógico a este respecto que el particular no las habría aceptado de haberlas conocido, dada la injusticia que contienen (arts. 1170 y 1198, Cód. Civil)<sup>48</sup>.

En los arts. 3º, 37 y 38, de la ley 24.240 trata de poner freno a las cláusulas abusivas y al uso abusivo de cláusulas contractuales en detrimento del trato equitativo y de buena fe que merecen los consumidores y usuarios. Entendemos que los principios que emanan de estas normas deben aplicarse como principios generales a todos aquellos casos en que resulta víctima la parte débil desde el punto de vista negocial, pues los arts. 1071 (parte 2ª), y 1198 (parte 1ª), del Cód. Civil son aplicables a toda relación contractual sean quienes fueren las partes.

Dice el art. 3º de la ley 24.240: "*Interpretación.* Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de

<sup>48</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudio*, p. 199; los autores afirman que la ley alemana del 9/12/76 sobre condiciones generales de los contratos que ha entrado en vigor el 1/4/77 declara, en general, que son ineficaces las cláusulas que producen a una de las partes un perjuicio desproporcionado y contrario a la buena fe, presumiéndose que ese perjuicio existe: a) cuando no es posible coordinar las cláusulas con los principios esenciales de la regulación legal de la que difieren, y b) cuando se limitan de tal forma los derechos y deberes que derivan de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad contractual. La doctrina habla normalmente de cláusulas vejatorias, lesivas, desleales o abusivas a la hora de referirse a este tipo de condiciones generales prohibidas. Se trata de calificativos claramente descriptivos.

duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

El art. 37 establece: “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

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

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

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

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

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

“La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido” (art. 38).

§ 85. **DIVERSOS CASOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.** – Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p.ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquélla).

§ 86. **CLÁUSULAS QUE PERMITEN MODIFICAR LA PRESTACIÓN QUE NATURALMENTE ESTÁ A CARGO DEL EMPRESARIO.** – Constituye un principio de seguridad jurídica la determinación del contenido de la prestación, objeto del contrato. El art. 1168 del Cód. Civil dispone que

*“toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato”*. El art. 1170 dice: *“Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse”*. Si bien este artículo se refiere a cosas, es indudable que el principio de la determinación rige para todas las prestaciones, pues de otro modo no existiría una obligación genuina. Este requisito esencial no puede ser alterado en virtud de cláusulas predispuestas que dejen al arbitrio del estipulante determinar el contenido, extensión y modalidades de cumplimiento de las prestaciones a cargo de una o de ambas partes, pues esto afecta la esencia misma del contrato.

En este aspecto los casos que nos ofrece el comercio actual son numerosos; por ejemplo, resulta casi una regla en el comercio de automotores nuevos que la parte vendedora se reserve la facultad de entregar la unidad elegida “u otra similar”, cuyo precio se determinará en el momento de la entrega, hecho que también queda sujeto al arbitrio de la vendedora.

Compartimos la opinión de REZZÓNICO<sup>49</sup>, quien advierte que, dentro de una justa ponderación de los intereses del estipulante –en el marco de su desenvolvimiento industrial o comercial– y del adherente, no se puede dejar la suerte del contrato prácticamente al arbitrio del primero. Tales cláusulas pueden resultar afectadas de invalidez, pues no se cumple de buena fe al entregar una cosa diversa de la prometida, al realizar de distinta manera una obra, al cumplir en un plazo incierto, o al no informar, sino hasta último momento, cuál es el precio.

§ 87. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.** – Lo expuesto anteriormente debe entenderse dentro de cierta razonabilidad. Así, el cliente deberá aceptar el cambio que implique una mejora del producto, siempre que ello no altere la finalidad que tuvo en mira al adquirirlo o no influya en el precio. Habrá que tener en cuenta, dentro de tal criterio de razonabilidad, la clase de prestación prometida, y la incidencia que puede tener, en el contenido de la prestación a cargo del predisponente, la evolución técnica de la empresa fabricante, o los cambios de construcción o presentación de lo vendido<sup>50</sup>.

§ 88. **CLÁUSULAS SOBRE EL PRECIO.** – Los contratos comerciales son onerosos y la onerosidad se manifiesta, salvo alguna excepción, en un precio determinado en dinero. Es verdad que el art. 450 del

<sup>49</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 550.

<sup>50</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 550 y siguientes.

Cód. de Comercio, al definir la compraventa mercantil, establece como contraprestación a cargo del comprador la obligación de “*pagar un precio convenido*”. No utiliza la fórmula del art. 1323 del Cód. Civil (“*pagar por ella un precio cierto en dinero*”); pero hablar de “precio convenido” es una expresión equivalente, pues el precio que se debe pagar es el estipulado en el contrato como resultado del acuerdo de las partes o el que resulte de ciertas circunstancias ajenas a la libre voluntad de una de ellas.

Esto, que vale para los contratos negociados, pierde virtualidad en las contrataciones en masa, donde el precio está fijado unilateralmente por la empresa; lo cual adquiere connotaciones destacables en el caso de empresas que, en virtud de su posición dominante, ejercen una influencia decisiva en la formación de precios en el mercado.

Tratándose de consumidores y usuarios, estos aspectos están expresamente contemplados en los arts. 37 y 38 de la ley 24.240 (ya transcritos). En los demás casos son aplicables los principios generales de la normativa que pasamos a mencionar.

a) *FACULTAD DE MODIFICAR ULTERIORMENTE LOS PRECIOS ORIGINARIOS*. Lo señalado anteriormente se refiere a la indudable limitación del cliente, frente al empresario, para convenir el precio. Pero más grave que esto es la cláusula –frecuente en los contratos no negociados– por la cual la empresa se reserva la facultad de reajustar el precio de la mercadería “hasta el momento de la entrega”, según parámetros que en apariencia no dependen de su decisión.

El empleo de estas cláusulas –señala REZZÓNICO<sup>51</sup>– es, a menudo, atenuado por la indicación exhaustiva que figura en ellas de los motivos que pueden determinar el alza, como por ejemplo, el aumento del costo de las materias primas. De cualquier modo, corresponde analizar las cláusulas de este tipo, para verificar si se está desnaturalizando el contrato e incurriendo en abuso de la posición dominante que implique encuadrar el caso en el art. 953 del Cód. Civil, en la teoría de la lesión (art. 954), o bien del abuso de derecho (art. 1071, Cód. Civil).

En general, deben considerarse nulas aquellas cláusulas en las que se establece un pago diferido del precio, sin que el adquirente pueda calcular con exactitud cuánto va a tener que pagar.

La prohibición no afecta, lógicamente, a las condiciones generales que autoricen la determinación del precio en oportunidad de cada prestación, en los contratos de suministro cuya ejecución se extiende a lo largo del tiempo. La prohibición se refiere a la compra de un producto o de una determinada cantidad de ese producto, aunque su

<sup>51</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 553.

entrega pueda aplazarse en el tiempo. La prohibición tampoco debe comprender la referencia a un precio de mercado sujeto a oscilaciones, siempre que, en principio, tal oscilación pueda producirse en ambos sentidos y no dependa de la voluntad de la empresa vendedora, o de la entidad que agrupe a las empresas expendedoras de dicho producto.

b) *IMPOSIBILIDAD DE VERIFICAR LA EXACTITUD DEL MONTO FACTURADO.* Esto constituye otro de los graves problemas a que se halla sometido el usuario en ciertos servicios (p.ej., el de teléfonos) en los que la empresa ejerce un monopolio, y el usuario se ve constreñido a pagar el monto de una factura confeccionada fuera de toda posibilidad de control de su parte, bajo apercibimiento de corte del servicio. Es comprensible que la rapidez de las comunicaciones exige la presencia de la tecnología más avanzada, lo cual torna prácticamente ineludible que la facturación se confeccione sobre la base de los *pulsos* registrados; pero –por otro lado– no puede colocarse al usuario en una situación de indefensión total casi sometido a una verdadera *esclavitud* frente a la empresa, por cuanto a ésta se le otorga una presunción de infalibilidad. Las máquinas –así se trate de las computadoras más perfectas– pueden tener fallas, y no hay que descartar el error o el dolo de quienes las manipulan. Es muy difícil hallar en esta materia un justo equilibrio, que contemple con justicia los derechos y necesidades de ambas partes; pero creemos no conveniente dejar al arbitrio de la empresa la determinación del monto de la factura, y, además, otorgarle la facultad de erigirse en juez –al modo del señor feudal– y condenar al usuario a la pérdida del servicio, lo cual, en muchos casos es de consecuencias catastróficas para el cliente.

En algunos casos, nuestros jueces han arbitrado, frente a facturaciones, *prima facie*, excesivas, remedios tales como medidas de no innovar, medidas innovativas y recursos de amparo. Ante una factura de servicio telefónico cuestionada, ¿a cargo de quién ha de estar el *onus probandi*? Los principios básicos del derecho procesal indican que ha de ser a cargo de la empresa. Por ello, las empresas telefónicas deberán adoptar sistemas de registraciones de *pulsos* que permitan cierto grado de verosimilitud y exactitud. En el servicio de energía eléctrica y de gas cada usuario puede efectuar su control mediante el respectivo medidor, pero en el servicio telefónico el usuario carece de acceso a un control. Por tanto, en principio, las empresas telefónicas deben asumir el riesgo de la dificultad probatoria derivada del sistema que adoptan, y no pretender responsabilizar de ello al usuario.

El art. 31 de la ley 24.240 (texto según ley 24.568) impone un procedimiento para resolver equitativamente problemas de este tipo.

§ 89. **CLÁUSULAS QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD DE CONTRATAR CON TERCEROS.** – Esta limitación es usual en contratos de transferencia de tecnología. Se plantea, entonces, la pregunta de hasta qué límites es admisible que se prohíba al adherente celebrar contratos con terceros, así como exportar los productos que se obtengan con la aplicación de esa tecnología.

La respuesta debemos buscarla en los principios que inspiran a la teoría del abuso de derecho (art. 1071, Cód. Civil).

El art. 38 de la ley 24.481 (t.o. decr. 260/96), prohíbe que en los contratos de licencia de patentes y modelos de utilidad industrial se establezcan cláusulas restrictivas en perjuicio del licenciatarario.

§ 90. **CLÁUSULAS QUE PERMITEN ALTERAR UNILATERALMENTE EL CONTENIDO DEL CONTRATO.** – Como expresan los BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO las condiciones generales que permiten a quien las utiliza alterar unilateralmente el contenido del contrato, incluso poniendo fin a éste (resolución), son quizá las que resultan más claramente contrarias al equilibrio del contrato, por no decir al propio concepto de contrato.

Nuestro Código Civil no reconoce validez alguna a las obligaciones que estén basadas sobre el arbitrio del deudor (art. 542).

§ 91. **FACULTAD DE RESOLVER DISCRECIONALMENTE EL CONTRATO.** Debe considerarse nula la cláusula que otorga al empresario la facultad de resolver discrecionalmente el contrato ya perfeccionado, pues, como hemos visto, esto es violatorio del art. 542 del Cód. Civil. Esta nulidad no se extiende, como es lógico, a la facultad de resolución por incumplimiento de la otra parte (art. 216, Cód. de Comercio), ni cuando éste dependa de algún acontecimiento fortuito o mixto (art. 528, Cód. Civil), ni cuando se trate de contratos sin término de duración que se prolonguen en el tiempo, como los de suministro. Dicen los autores anteriormente citados, refiriéndose a su Anteproyecto de ley en España, que “cabe entender que ‘la facultad de resolver discrecionalmente’ es la facultad ‘de resolver unilateralmente el contrato sin motivo válido y justificado’. Aunque no sea frecuente por parte de los empresarios el uso de esa facultad prohibida (al menos en la medida en que venga impuesta por condición general), puede quedar excluida la facultad de resolver el contrato celebrado a prueba”<sup>52</sup>.

§ 92. **CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD.** – Sobre esta cuestión, el art. 1364 del Cód. Civil dispone: “*Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; mas no a una per-*

<sup>52</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 206.

*sona determinada*". Consideramos aplicable esta norma a la compraventa mercantil, pues no existe razón jurídica válida que otorgue fundamento a una cláusula de tal especie.

§ 93. **CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD.** – El pacto o cláusula de exclusividad significa la obligación asumida por una parte de contratar solamente con la otra, en orden a la prestación de un bien o de un servicio determinado: "Me obligo a vender mi producción de tal bien exclusivamente a NN".

Este pacto implica una limitación a la posibilidad de contratar del sujeto que lo asume y, naturalmente, afecta su libertad económica. Sin embargo, sería apresurado expedirse, sin más, por la invalidez de una cláusula de esta naturaleza, sin analizar previamente las particularidades de cada caso.

§ 94. **CLÁUSULAS DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO.** – La tácita reconducción, o renovación automática del contrato, estipulada para el supuesto de que el adherente no formule su voluntad en contra con determinada antelación, puede significar para éste quedar vinculado por un plazo muy superior al previsto originariamente. Esta cláusula se predispone, frecuentemente, en los contratos de duración tales como el suministro, seguro, prestación de servicios, suscripción a periódicos, etcétera. El valor del silencio, en estos casos, deberá meritarse a tenor de lo dispuesto por el art. 919 del Cód. Civil.

Cláusulas de esta naturaleza se vinculan y justifican, muchas veces, en orden a la planificación de la producción, por parte de la empresa predisponente, durante períodos prolongados. Ello se aplica especialmente cuando el empresario estipulante, en atención a los contratos celebrados y a las prórrogas previstas, ha hecho desembolsos en forma de provisiones o inversiones a veces tan elevadas, que un período corto de vigencia no arrojaría ninguna ganancia o, por el contrario, podría derivar en pérdidas.

§ 95. **CLÁUSULAS QUE LIMITAN O EXONERAN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA.** – La producción y el comercio de bienes volcados al mercado con la marca del productor o del distribuidor por distintos comerciantes que intervienen en la cadena de comercialización, hacen surgir problemas de responsabilidad en caso de vicios en tales productos. Ante esta eventualidad, el fabricante pretende exonerarse de responsabilidad frente al adquirente con quien no ha contratado; y el vendedor, a su vez, pretende lo mismo, alegando no ser responsable por no haber fabricado el producto.

Las cláusulas sobre "limitaciones a la responsabilidad" que imponen las empresas se refieren, principalmente, a los casos de evic-

ción y vicios redhibitorios, cuyas responsabilidades prevén los arts. 2089 y ss., y 2164 y ss., del Cód. Civil; pero también suelen imponerse cláusulas que exoneran de responsabilidad por incumplimiento o mal cumplimiento del empresario predisponente.

Un modo de excluir las responsabilidades, o atenuarlas sensiblemente, suele darse mediante cláusulas por las cuales se establezca un tope a las consecuencias patrimoniales a cargo del empresario por incumplimiento o mal cumplimiento; también, abreviando los plazos de prescripción en perjuicio del cliente.

El problema que se plantea es de la validez o no de las cláusulas de esta naturaleza. La invalidez de estas cláusulas la dispone el art. 37, de la ley 24.240, en tutela del consumidor y del usuario.

Opinamos que si se lanza un producto al mercado, no es lícito que el vendedor o el fabricante se exoneren de responsabilidad por vicios o defectos de la cosa. Distinto será en el caso de un contrato negociado celebrado en forma particular, en el cual el comprador puede tomar a su cargo el riesgo de los vicios redhibitorios, de la evicción y, aun, el riesgo de la pérdida de la cosa, estando pendiente su entrega (así lo establecen los siguientes artículos del Cód. Civil: 2101, 2102, 2106, en cuanto a evicción; 2166, por vicios redhibitorios; 1332, 1406 y 1407, respecto de la venta de cosa sujeta a algún riesgo).

En cambio, en las ventas en masa, las cláusulas exonerativas de responsabilidad son impuestas por el empresario e importan para el cliente, una renuncia a ciegas sobre la calidad de un producto que sólo conoce el fabricante y que en todo caso, debiera conocer quien lo comercializa, pero que escapa a toda posibilidad de control y de conocimiento por parte del público consumidor. Más grave resulta la cuestión cuando el predisponente procura liberarse de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su parte, con lo cual el contrato queda sujeto a su arbitrio, contrariando así el principio básico del art. 1197 del Cód. Civil y el propio concepto de contrato, pues cláusulas de este tenor privan a la obligación de su sanción jurídica, convirtiéndola en una simple obligación moral, sin garantía jurídica alguna para la otra parte<sup>53</sup>; de ahí el acierto de los arts. 37 y 38 de la ley 24.240.

<sup>53</sup> STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 119, expresan que el ordenamiento confiere "juridicidad" al deber de prestación, apoyándose para ello en los principios de la responsabilidad civil, de modo que al eliminarse la responsabilidad civil, que es la consecuencia necesaria de la relación obligacional, desaparece la facultad que corresponde al acreedor de constreñir al deudor al cumplimiento, bajo apercibimiento de reclamar indemnización pertinente, y entonces el deber de prestación queda confiado exclusivamente a la voluntad del deudor destruyéndose la esencia misma del vínculo de derecho.

Va de suyo —expresan con acierto STIGLITZ y STIGLITZ— que con cláusulas de esta naturaleza, por las cuales la obligación de resarcir queda sujeta a la voluntad exclusiva del deudor, se coloca la cuestión en los términos de las obligaciones sometidas a condición meramente potestativa que el Código Civil declara sin efecto (art. 542); además, resultan contrarias al art. 505 de dicho Código.

Asimismo, una cláusula de esta naturaleza carece de eficacia frente a las disposiciones del Código Civil que prohíben la exclusión de responsabilidad en los casos de dolo (art. 507); y se opone al régimen de las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones, que prevé nuestro ordenamiento positivo.

§ 96. **PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN.** — Es ésta una estipulación frecuente en los contratos con cláusulas predispuestas, en cuya virtud el consumidor se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente<sup>54</sup>.

Las empresas argumentan que no es posible tener que hallarse sometidas a la jurisdicción de cualquier tribunal de la República, lo cual exige un enorme despliegue de profesionales, gastos, y una compleja organización para ejercer cierto control sobre esta posible dispersión de juicios; pero a su vez el consumidor puede, con tal cláusula, ver cercenadas sus posibilidades de defensa en juicio, pues ello puede conducir a que le resulte prácticamente imposible acudir a la vía judicial en defensa de su derecho. Piénsese, por ejemplo, en las cláusulas impresas en las prendas con registro constituidas a favor de sucursales o filiales de bancos extranjeros, en las cuales se establece la jurisdicción de los tribunales de Nueva York o de San Francisco; ¿qué cliente medio, incluso de recursos considerables, puede ir a litigar en esa jurisdicción?

Sin ir tan lejos, el problema se puede plantear aun dentro de nuestro país, donde es usual que se obligue a aceptar a clientes del interior del país la jurisdicción de los tribunales de la Capital Federal. La empresa predisponente argumentará que no se la puede someter a todos los tribunales dispersos en el país, pues ello le crearía gravísimos trastornos; pero, toda vez que la empresa tenga una sucursal, una especie de representación —incluso concesión o agencia—, lo correcto es acogerse a esa jurisdicción, lo cual responde al principio que emana del art. 90, inc. 4º, del Cód. Civil.

<sup>54</sup> “Una de las renunciaciones que las condiciones generales imponen con mayor frecuencia, y cuya ausencia en la enumeración del art. 10.1.c, llama la atención es la que se refiere al propio fuero del consumidor o usuario. De sobra es sabido lo costoso que resulta litigar fuera del lugar propio del domicilio” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 209).

§ 97. **OTRAS CAUSALES DE NULIDAD DE CLÁUSULAS PREDISPUESTAS.**

BERCOVITZ nos suministra casos de nulidad, según la ley española de protección del consumidor y del usuario, la que mencionamos porque los arts. 37 y 38 de la ley 24.240 carecen de normas similares. Por tal motivo, consideramos que nuestros jueces podrán ver en tales reglas, un interesante punto de referencia para resolver conforme a estos principios, según los cuales son nulas las cláusulas que: *a)* otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato; *b)* impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, y *c)* supongan la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

La ley española incluye también, entre las condiciones generales prohibidas, las que pretenden obligar al consumidor a adquirir, junto con el producto o servicio deseado, otro u otros que no lo son; o a pagar un mayor precio sin que haya prestación adicional alguna, así como los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, etc., que no se correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso. La ley alemana exige, para conceder eficacia contractual a las condiciones generales de contratación, que se asegure a la otra parte la posibilidad de tener conocimiento de su contenido, y que esa otra parte esté de acuerdo con su aplicación al contrato. Su preocupación por garantizar un consentimiento auténtico (basado en un previo conocimiento) llega hasta el punto de restar eficacia a las llamadas cláusulas sorprendidas, es decir, aquellas que son tan infrecuentes que la otra parte no necesita contar con ellas. En Francia, el art. 1° del decr. 78-464, del 24/3/78, sobre protección e información de los consumidores, prohíbe como abusiva cualquier estipulación que tenga por objeto imponer la adhesión del consumidor a cláusulas contractuales que no figuren en el escrito o documento que se haya de firmar<sup>55</sup>.

§ 98. **REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.** – Determinar si una cláusula predispuesta es abusiva y en qué medida puede morigerarse o bien declararla nula, requiere que ella sea interpretada, a fin de desentrañar su sentido y alcance, adecuarla al contexto del contrato y a lo que es de uso y práctica en contratos de esa naturaleza (art. 218, inc. 6°, Cód. de Comercio).

<sup>55</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 193 y ss., y 207, quienes explican los requisitos que deben reunir las condiciones generales –tanto para la ley alemana cuanto para la española– a fin de tener eficacia contractual.

§ 99. **REGLAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. EL PRINCIPIO BÁSICO EN LOS CONTRATOS NEGOCIADOS.** – El art. 218, inc. 1º, del Cód. de Comercio, dispone, como regla fundamental de interpretación de los contratos, que debe buscarse “*la intención común de las partes*”. Esto vale para el caso de los contratos negociados; pero tratándose de un contrato no negociado, que se celebra sobre la base del formulario presentado por el empresario, o bien conforme a condiciones generales predispuestas, ¿se puede hablar de una intención común de las partes?

El tema adquiere su máxima expresión crítica en los contratos por adhesión y, sobre todo, en las denominadas “relaciones contractuales de hecho”; pero en mayor o menor medida, la cuestión se presenta en todos los casos de contratos estándares que constituyen la regla general en el tráfico en masa.

Dada la automatización a que se llega en la estandarización de las relaciones contractuales del comercio actual, la investigación de una intención común de las partes que plantea el art. 218, inc. 1º, del Cód. de Comercio, resulta improbable (ver art. 3º, ley 24.240).

§ 100. **CARACTERÍSTICAS QUE PRESENTA LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESITAS. INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.** – Las peculiaridades que presentan las condiciones generales de contratación y, por regla común, las cláusulas predispuestas, imponen al intérprete, en caso de duda, la necesidad de analizarlas con una óptica que mejore las reglas clásicas. En cuanto al derecho de consumidores y usuarios, la ley 24.240 supera los principios clásicos que surgen de nuestro Código Civil.

REZZÓNICO<sup>56</sup> señala que, en la interpretación de las condiciones generales, deben tenerse presente los siguientes principios (que entiendo aplicables a todos los supuestos de contratos por adhesión):

a) El intérprete debe prescindir de las circunstancias particulares del caso y de la *voluntad común* de los contrayentes, pues se trata de un texto redactado no para ese supuesto, sino para la generalidad de casos, el cual –en cuanto a su contenido– refleja sólo la voluntad del predisponente. Todo esto –señala REZZÓNICO– tiene importancia fundamental para la interpretación, ya que otorga prioridad al punto de vista objetivo, salvo que con anterioridad haya existido entre las partes alguna relación relevante. Así se ha dicho en un fallo: “En la interpretación de los contratos por adhesión se debe acentuar el conjunto de derechos del adherente, volcándose el peso de las obligaciones sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas”.

<sup>56</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 573. Para un análisis global del tema ver FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*.

sulas, pues el otro, parte débil en el negocio, no ha tenido oportunidad plena de deliberar, sino que únicamente ha aceptado las fórmulas. Por lo tanto, y más allá de las palabras empleadas en dicho acto y de la declaración que hayan dado las partes en la causa, la índole particular del negocio debe determinarse con independencia de ello, según el contenido de las prestaciones y su causa<sup>57</sup>.

La valoración de la *común intención* de las partes que hace el método subjetivo, es apropiada para la interpretación de los contratos negociados de tipo individual, en tanto que el método objetivo queda reservado a contratos comerciales en masa, en los que los usos tienen gran relevancia (arts. 218, inc. 6º, y 219, Cód. de Comercio)<sup>58</sup>.

b) Como consecuencia de lo anterior, el intérprete debe acudir fundamentalmente a la buena fe con referencia a los usos del tráfico, tomando como criterio comparativo el comportamiento de un cliente común respecto de ese empresario concreto.

c) También cabe tomar en cuenta los usos en el tráfico negocial entre empresas o entre comerciantes, y entre éstos y la clientela, de modo que tales usos del tráfico, adquieran el carácter de una conducta social típica en el mercado, en general, o dentro de determinado círculo como consecuencia de su generalidad.

d) Las cláusulas predisuestas ambiguas o contradictorias deben interpretarse en contra del estipulante: se trata de una regla antigua y muy difundida —explica REZZÓNICO— utilizada en las hipótesis en que el contenido contractual es obra de una sola de las partes; se atribuye a ésta la responsabilidad, ya que si es quien dispone del poder de expresarse, debe hacerlo con claridad.

e) En la interpretación de las condiciones generales, cierta doctrina señala alguna similitud con el sistema interpretativo propio de la ley; pero esto es muy relativo, pues las condiciones generales son obra del empresario en defensa de su interés particular. Ello debe tenerse presente como característica importante, lo que no ocurre en la interpretación de la ley. Es propio acudir al método objetivo para interpretar las cláusulas predisuestas, pues se hace necesario referirse a datos objetivos, como los usos y prácticas en los negocios de igual naturaleza, o la aceptación recibida en el medio social<sup>59</sup>; pero esto no nos faculta a establecer identidad con el método de interpretación de la ley.

f) En caso de que exista excesivo rigor para el cliente, se debe apelar a la interpretación restrictiva, bajo invocación de la buena fe,

<sup>57</sup> CNCiv, Sala C, 19/11/87, ED, 128-283.

<sup>58</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, p. 581.

<sup>59</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, p. 581

y rechazar el abuso de derecho, como principio básico que debe regir en toda relación contractual<sup>60</sup>.

g) Una cuestión muy seria que plantean los contratos sujetos a condiciones generales, es que la interpretación que se haga en un caso particular puede conducir a la determinación del significado de dichas cláusulas en millares de contratos de igual redacción, lo que no impide que cada juez los interprete de un modo diferente. La equidad exige que una misma cláusula, repetida en cientos de contratos, no reciba una interpretación distinta según los jueces llamados a precisar su sentido; aunque admitimos que esto es prácticamente imposible en nuestro país por no existir una corte nacional de casación. Esta circunstancia impone a cada juez la necesidad de no perder de vista el interés general, a pesar de que él decide en un caso litigioso aislado, y tener en cuenta que su interpretación puede resultar orientadora para un número indeterminado de casos semejantes<sup>61</sup>.

h) En cuanto al supuesto de desperfectos en el bien adquirido, la reparación constituye, sin duda, el remedio por excelencia de los mencionados vicios, adecuado para satisfacer los intereses del consumidor con el menor costo para el empresario, cuando éste es también productor o fabricante. De ahí que, como se ha señalado acertadamente en la doctrina, aunque la exigencia de reparación no esté prevista en la compraventa, se deba incorporar a ella cuando el vendedor (o, en este caso, el garante) sea fabricante y tenga capacidad para satisfacerla. Se trata de una integración del contrato de compraventa con efectos que proceden del contrato de obra<sup>62</sup>. Cabe recordar aquí la vigencia de los arts. 12 y 15 a 18 de la ley 24.240.

§ 101. **LA BUENA FE COMO PRINCIPIO RECTOR.** – Podemos decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos, conforme al principio sustentado en el art. 1198 del Cód. Civil.

La doctrina ha acudido a figuras jurídicas amplias para poner un límite a los excesos de las condiciones generales: abuso del derecho, buena fe, función social, buenas costumbres, moral social, orden público económico. Pero el punto básico lo constituye la *buena fe*, entendida aquí en el más amplio sentido que le otorga el art. 1198,

<sup>60</sup> Se ha resuelto que resulta condenable toda interpretación de los contratos de empresa que provoque la asignación del lucro y la exoneración de todo riesgo, a la vez y para una misma parte del contrato (CnCom, Sala D, 24/12/79, LL, 1980-B-110).

<sup>61</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 585.

<sup>62</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 219.

párr. 1º, del Cód. Civil, es decir, desde antes de la celebración del contrato, en el momento de formalizarlo y durante su ejecución, conforme a lo que la doctrina anglosajona y la ley inglesa miden con el parámetro de lo razonable, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes. La ley española de protección de los consumidores y usuarios prohíbe, como lesivas o abusivas para éstos las condiciones generales que no respeten la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones. En el derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales; cabe estipular la exclusión de ésta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (p.ej., venta a riesgo y ventura, rebaja del precio, de saldos, etc.), no es eficaz en cuanto implica una renuncia a la aplicación de la ley<sup>63</sup>.

§ 102. **CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL TRÁFICO EN MASA Y ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO.** – Conviene tener presente que para determinar la validez o invalidez de las condiciones generales, y para su interpretación, corresponde actuar acorde y en defensa de los principios del orden público económico, que es preciso introducir en este tema para moderar el principio de autonomía privada que utiliza el empresario en su beneficio. La defensa del orden público económico no es nueva, pero sí lo son las circunstancias y la figura de las condiciones generales y de los contratos por adhesión; esto sin perjuicio del control que todo ordenamiento tiene que establecer frente a la autonomía privada, pues, como dispone el art. 21 del Cód. Civil: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*”.

§ 103. **INTERPRETACIÓN EN CONTRA DEL ESTIPULANTE.** – Si bien este criterio de interpretación adquiere extraordinaria vigencia en la actualidad, su origen se remonta al derecho romano, a través de la máxima que expresa: “Cuando en las estipulaciones se duda de qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante” (*in stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*).

<sup>63</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 201 y siguientes. En una sentencia se resolvió que para interpretar cuestiones motivadas por contratos no reglados especialmente, el juez debe despejar las incógnitas teniendo en cuenta el principio de la buena fe, las circunstancias del caso, la conducta observada por las partes antes y después del acto, el fin económico perseguido, las normas aplicables y el resultado, valioso o no de su interpretación (CNCiv, Sala D, 11/3/71, *ED*, 42-671).

La interpretación se hace contra quien impone el texto que ha redactado y que por ello debió hablar claro.

§ 104. **EL PRINCIPIO “IN DUBIO CONTRA STIPULATOREM” EN EL DERECHO ARGENTINO.** – No existe en la legislación argentina una norma que explícitamente adopte este principio con carácter general, aunque sí con carácter especial de tutela al consumidor y usuarios, en la ley 24.240 (arts. 3º, 37 y 38). Sin embargo, para las demás relaciones contractuales se halla ínsito en los principios generales resultantes de la buena fe que postula el art. 1198 del Cód. Civil, y en la sanción contra el abuso del derecho que contempla el art. 1071 del Cód. Civil y en la normativa de la ley 24.240.

En el art. 218, inc. 7º, del Cód. de Comercio, se dispone, en caso de duda, la interpretación en favor del deudor, cuestión próxima a la aquí tratada. Recuerda REZZÓNICO que la regla romana *interpretatio contra stipulatorem* se habría desnaturalizado en el mundo posclásico y, en particular, en el justiniano en un genérico *favor debitoris*, a punto tal que juristas como POTHIER desecharon toda posibilidad de hallar diferencias marcadas e inconciliables entre ambos principios.

Sin embargo, se trata de dos institutos diferentes, pues si bien, para que opere la regla *in dubio contra stipulatorem* debe tratarse de una cláusula oscura lo cual determina como sanción la interpretación en su contra, a diferencia del *favor debitoris* la *interpretatio contra stipulatorem* es una regla aplicable sólo a los contratos con cláusulas predisuestas, propio del tráfico en masa, en tanto el *favor debitoris* es aplicable a cualquier contrato<sup>64</sup>.

En la doctrina nacional, se advierte que quien prepara un contrato para someterlo a la adhesión del otro contratante debe hacerlo con claridad; y si no lo hace, impútese a sí mismo su propia torpeza o malicia<sup>65</sup>.

§ 105. **NUESTRA JURISPRUDENCIA.** – La jurisprudencia nacional hace frecuente aplicación del principio *in dubio contra stipulatorem*. VALLESPINOS menciona entre otros fallos:

a) “En los contratos de adhesión en los cuales impera fundamentalmente la voluntad de uno de los contratantes la estimación de las cláusulas cuando se estuviera frente a la duda debe ser resuelta de la manera más favorable a la parte que no intervino en la redacción del instrumento”<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, p. 607.

<sup>65</sup> Ver FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, t. II, p. 91 y siguientes.

<sup>66</sup> VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 470 y ss., citando fallo de CNCiv, Sala D, 17/10/79, ED, 85-703.

b) “Aquel que contrata teniendo que suscribir un contrato con cláusulas predispuestas, o un contrato de empresa, debe obtener el beneficio de una interpretación a su favor, en caso de dudas. Esto no es solamente reconocido por la doctrina, sino también por la jurisprudencia en algunos pocos fallos, aunque hay valiosas opiniones en contra. Pero si bien es cierto que no poseemos reglas precisas como en Italia u otros países, nuestro sistema privado contractual admite que la interpretación de los negocios concluidos sistemáticamente sea efectuada con cierto apartamiento de las reglas comunes: es que este negocio bilateral no es el tradicional contrato de equivalencias pensado por el codificador del siglo pasado. Se ha dicho que aun es válida la situación de hecho de la parte no proponente, que suscribe un contrato urgida por el tiempo, sin leerlo adecuadamente y de complicada técnica y factura”<sup>67</sup>.

Por nuestra parte, citamos este fallo: “En la interpretación de los contratos por adhesión se debe acentuar el conjunto de derechos del adherente, volcándose el peso de las obligaciones sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas, pues el otro, parte débil en el negocio, no ha tenido oportunidad plena de deliberar, sino que únicamente ha aceptado las fórmulas. Por lo tanto, y más allá de las palabras empleadas en dicho acto y de la declaración que hayan dado las partes en la causa, la índole particular del negocio debe determinarse con independencia de ello, según el contenido de las prestaciones y su causa”<sup>68</sup>.

§ 106. **PRIORIDAD DE LA “CLÁUSULA NEGOCIADA EN PARTICULAR” SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES.** – No es extraño que determinadas cláusulas de un contrato predispuesto por una de las partes sean modificadas o suprimidas, en virtud de una negociación particular que se consigna en cláusulas complementarias o adicionales, generalmente con una expresión gráfica distinta, que aparecen como contradictorias con el texto prerredactado. La existencia de estas adiciones no debe inclinarnos, sin más, a ver en ellas el resultado de una negociación, pues ningún obstáculo tiene el estipulante para disponer, autoritariamente, la inserción de cláusulas escritas a mano –o a máquina– como si fueran cláusulas negociadas. La regla general es que las cláusulas particulares que modifican las condiciones generales tienen prioridad sobre éstas, puesto que aparecen, en principio, como genuina expresión de un acuerdo de voluntades (art. 1137, Cód. Civil); pero siempre que dicha condición particular no resulte para

<sup>67</sup> CNCCom, Sala A, 27/3/79, LL, 1979-B-356, citado por VALLESPINOS, *El contrato por adhesión*, p. 471.

<sup>68</sup> CNCiv, Sala C, 19/11/87, ED, 128-283.

el cliente más gravosa que las condiciones generales, pues serían oponibles a su respecto las mismas objeciones que hemos señalado anteriormente. Se dice en una sentencia que la cláusula mecanografiada debe prevalecer sobre la impresa, pues aquélla traduce la voluntad real de las partes juzgada según la regla fundamental que consagra el principio de la buena fe en la interpretación contractual (art. 1198, párr. 1º, Cód. Civil), pues las cláusulas manuscritas o mecanografiadas contienen, de ordinario, las convenciones que han sido objeto de tratativas y discusión por los contratantes. Por esto deben prevalecer sobre las cláusulas impresas que las contradigan o alteren su sentido, las cuales sólo reflejan la voluntad de una de las partes, a la que la otra adhiere sin mayor reflexión. Las primeras deben considerarse como una deliberada modificación de lo impreso.

§ 107. **INTERPRETACIÓN Y CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESTAS Y PARTICULARMENTE DE LAS QUE CONFORMAN LAS CONDICIONES GENERALES.** – Una cosa es aplicar el principio *in dubio contra stipulatorem* en caso de cláusulas oscuras o ambiguas contenidas en las condiciones generales, y otra distinta es el análisis del contenido de dichas cláusulas en supuestos en los que son muy claras, pero resultan abusivas, contrarias a la buena fe, carentes de razonabilidad o contrarias a la equidad o justicia.

En el Código Civil, artículos como el 1198, el 1071 y el 953, además del art. 218, inc. 6º, del Cód. de Comercio, permiten al juez penetrar en el análisis del contenido del contrato para determinar si la cláusula es violatoria de la buena fe, de la equidad, carente de razonabilidad, o resulta extraña a lo que el adherente verosímelmente entendió o pudo entender, obrando con el cuidado y la atención propios del común de los clientes en esta clase de operaciones (art. 1198, párr. 1º, Cód. Civil, y art. 218, inc. 6º, Cód. de Comercio).

§ 108. **SOLUCIONES EN EL DERECHO ACTUAL.** – El derecho positivo argentino carece de normas explícitas de carácter general referidas al problema que resulta de las cláusulas abusivas. Hay disposiciones específicas en leyes que regulan determinados contratos, como ocurre, por ejemplo, con los arts. 59 y 158 de la ley 17.418 (seguros), con la ley 19.724 (prehorizontalidad) y con los arts. 37 y 38 de la ley 24.240 (defensa del consumidor y del usuario).

MESSINEO<sup>69</sup> advierte que para dar una adecuada respuesta a esta cuestión, también hay que tener en cuenta cómo surge la cláusula predispuesta en la relación negocial:

<sup>69</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. I, p. 420.

a) Un supuesto es cuando la cláusula está inserta en el texto mismo del contrato, de modo que la contraparte tiene la posibilidad de tomar conocimiento antes de concluirlo.

b) Distinto es cuando la cláusula no está inserta en el texto del contrato, sino que es aludida por medio de reenvío, en cuyo caso cabe preguntarse si el cliente tuvo conocimiento o no de dichas condiciones generales.

c) Cuando la cláusula no está inserta ni se efectúa un reenvío en el texto del contrato, sino que aparece como una regla externa a dicho texto estará a cargo del empresario demostrar que el cliente la conoció, o que tuvo oportunidad de conocerla poniendo la diligencia usual en la concertación de estos contratos.

d) Nos permitimos agregar, como cuestión fundamental, que se ha de tener en consideración la necesidad de contratar que tiene el cliente frente a quien detenta una situación monopólica u oligopólica; y, además, la credibilidad que la actuación del comerciante despierta en el público, sin la cual serían imposibles las contrataciones en masa.

Todo obliga a suponer que quien ofrece al mercado un bien o un servicio, lo hace con pleno sentido de idoneidad y responsabilidad, por lo que no resultan aceptables las cláusulas predispuestas en virtud de las cuales se pretenda burlar la plena confianza que el público necesita tener en la idoneidad y responsabilidad del comerciante.

En cuanto a la posición de la jurisprudencia extranjera, cabe tener presente a este respecto un fallo de la Corte de Apelación de Nimes (Francia) en el que este tribunal expresa: "Se debe reputar abusiva y no escrita toda cláusula que en una venta concluida entre un profesional, por una parte, y un no profesional o un consumidor, por la otra, tenga por objeto o por efecto suprimir o reducir el derecho a reparación del no profesional o del consumidor en caso de incumplir el profesional una cualquiera de sus obligaciones".

En el caso, el tribunal asienta en el carácter de profesional de uno de los contratantes la obligación de resultado esperada por el otro, pese a tratarse de un fabricante. Se imputó, frente a un accidente, la ausencia de equipo de socorro o de seguridad o de emergencia, y, más precisamente, la ausencia de un recurso a una doble o sustituta alimentación de energía. Indudablemente se halla implícito en el fallo que era el poseedor del conocimiento, del saber o la técnica quien debió prever estas medidas para evitar el agravamiento del siniestro<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Corte de Apelación de Nimes (Francia), Cámara 2ª, 8/3/90, *RDCO*, 1990-B-797, con nota de TURRÍN, *Un ilustrativo fallo sobre las consecuencias del "status" del contratante profesional del tribunal de Nimes, Francia*, p. 799.

La ley 24.240 va más allá, pues tutela al adquirente final del bien o servicio, prescindiendo de su posibilidad de conocimiento en razón de su oficio o profesión (arts. 17 y 18).