

Comisión n°3, Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

LA REGULACIÓN CONTRACTUAL EN EL C.C. Y COM. DE LA NACIÓN ARGENTINA. LA ARGENTINA DEL REVÉS.

Autor: Carlos Gherzi*

Resumen:

A través de la econometría como confirmación empírica – científica, demostramos que el contrato de adhesión debió ser el centro de la regulación y establecer los que se denomina “variables dispersas” (instituciones como la lesión; el daño punitivo, etc. evitando “daños colaterales” al mercado) con una regulación de protección de la PYMES y los consumidores / usuarios, más real y cuidadosa en el articulado y el lenguaje, la preservación del “expuesto” como sujeto trascendente en la sociedad de consumo; establecer el control de convencionalidad y preservar el principio de progresividad y no regresividad, en materia contractual, etc.

La metodología de colocar en el centro del sistema al consentimiento y el contrato paritario o de negociación individual, es no solo regresiva, sino que le permite a las empresas poderosas repetir viejos planteamientos y tener que volver a empezar los cuestionamientos a esas posturas decimonónicas, con dilaciones judiciales que llevarán años en consolidar lo que acabamos de perder con este código: la defensa de los sin poder en los negocios contractuales, que también había pergeñado el Profesor Borda cincuenta años antes y generar años de inseguridad jurídica, con altos costos para el Estado, las pequeñas empresas y los consumidores o lo que se denomina “un impacto social negativo”.

1. Introducción.

La Constitución entonces determina los **límites a la libertad** (art. 1 a 33 en la Constitución Nacional fundante de 1853) y **posibilita el intercambio** de los bienes y servicios en un **“mercado”** donde concurren los trabajadores a alquilar su aptitud, física y / o intelectual, a cambio de dinero y poder con éste, trocarlo por bienes y servicios, conforme lo establece el art. 14 de la misma Constitución Nacional.

Podemos avanzar en una síntesis conceptual de mayor ilustración, desde la **economía artesanal** (con negocios individuales) a la **economía de escala** (con negocios masificados) se produjo una mutación en el derecho en lo que hace a la **“juridización contractual”**, de esta forma, siempre sostuvimos y sostenemos hoy sin ninguna dudas, que la **economía** es la **base** o **antecedente imprescindible** para la construcción jurídica de los contratos.

* Profesor Titular, UBA.

Sin duda hay un punto de coincidencia para todas las épocas y sistemas económicos: la **necesidad de una estructura legal eficiente** como soporte de los negocios micro y macroeconómicos – como sistema de prevención de crisis negocial – contractual -y concretamente en nuestra humilde opinión, esa herramienta o soporte que necesita la economía hoy y que plasma el derecho son metodológicamente los **contratos de adhesión** (que se utilizan en ambas áreas de la economía) y no el **contrato paritario o de negociación individual** como postula el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, lo cual constituye no solo una **falla metodológica** que consideramos importante y regresiva, sino que además **contradice la contemporaneidad de la economía actual**.

El **núcleo central** de toda regulación tiene que ser el **prevalente** y **no la excepción**, al menos eso enseña la literatura en metodología, especialmente en metodología legislativa.

2. La economía de escala.

En una **economía de escala** es imprescindible la **minimización** de los * **costes de transacción** * y los * **costes de información** *, alúdase a la organización sobre datos sensibles en relación a las empresas; la producción; comercialización de bienes y servicios y sus relaciones con los consumidores y usuario y por otro parte, las relaciones entre empresas y de éstas con el Estado, incluso las relaciones con los trabajadores.- (en este sentido funcionan también las Convenciones Colectivas de Trabajo, como mega contratos o convenios de adhesión).etc.-

La **economía de escala**- como hemos expuesto en obras anteriores – necesita que el **soporte legal** acompañe el proceso con **celeridad en los negocios** y en este sentido es el **contrato de adhesión** la mejor herramienta o lo que en análisis económico del derecho se denomina: * **el calce legal eficiente***.- (como modelo metodológico de negocios inter - empresarios y con consumidores).

De esta forma y con esta herramienta se hacen fluidos los negocios y se suprimen o minimizan los costes de transacción e información asimétrica, sin perjuicio de la seguridad negocial que no se deja de lado por esta forma de contratación. El contrato de adhesión no es en si mismo mas que una herramienta, luego vendrá el análisis del contenido, pero no debemos confundir lo uno con lo otro.

3. El contrato de adhesión y la verificación econométrica.

Como señala con toda razón y precisión el economista Ernesto Schargrodsky toda elaboración intelectual y la legislación lo es, debe res ponder a una * **evidencia empírica*** y esto es precisamente lo que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no ha verificado ni ha hecho.

En este sentido consideramos que las grandes empresas como partes o sujetos dominantes en el mercado, hacia las PYMES y los consúl midores, operan con el * **contrato de adhesión** * por múltiples razones y sin que esto sea antijurídico o un delito, simplemente una metodología de producción y comercialización.

En primer lugar, porque constituyen **partes asimétrica de poder** y por esta razón las grandes empresas operan hacia los consumidores y PYMES, bajo la premisa de la

confianza, es decir, **simplifican la información**, no solo de sus productos y servicios, si no de ellas mismas en su construcción y organización (la información técnica implicaría una cuestión mas costosa para las PYMES y los consumidores) lo que se compensa o equilibra que los de menor poder, tienen la posibilidad jurídica – económica, de revisión del contrato de adhesión, ya que se cierra con el **asentimiento** y no con el consentimiento.

En segundo lugar, la **econometría** (análisis estadístico de alta complejidad) nos demuestra y da fundamento de la imprescindibilidad del sistema económico actual de la contratación por adhesión como “núcleo central del sistema negocial” y que debió ser determinante en la metodología legislativa del Código. Civil. y Comercial. de la Nación Argentina.

La validez de una determinada postura ideológica y metodológica – la nuestra aquí expresada o la de los redactores del nuevo Código - se funda econométricamente en la utilización de dos recursos: **la regresión y la proyección estadística.**

3.1. La regresión estadística.

La primera (regresión estadística) permite verificar por medio de la * histoeconomía * (entre la mitad del siglo pasado y la actualidad) el crecimiento de dos fenómenos:

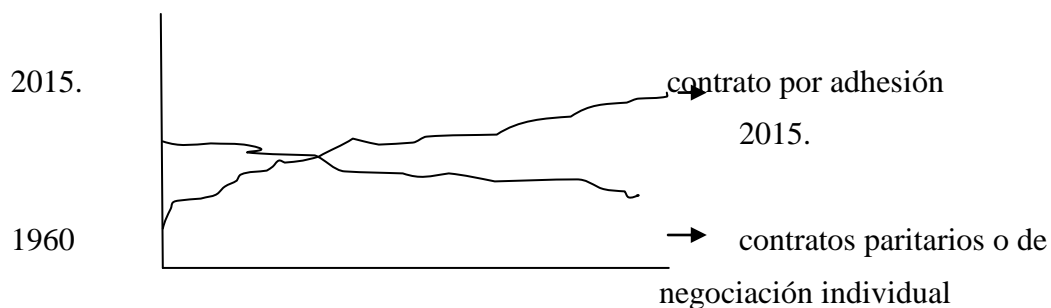
a.- la mayor utilización – creciente de la contratación por adhesión;

b.- con el avance de siglo pasado, un segundo fenómeno ligado al contrato de adhesión, el previo financiamiento, como lógica del capital y los contratos conexos como sistemática de negocios.-

En cuanto a la utilización del **contrato de adhesión** podemos señalar como modelos de mayor antigüedad, el derecho laboral, con posterioridad las obras sociales y luego devinieron, el auto -ahorro, los sistemas de salud como empresas pe- pagas, construcción de viviendas, servicios domiciliarios – estatales o privados - telefonía móvil, el cable televisivo, el SUBE, etc. que nos permite decir que es el “modelo prevalent”.

En cuanto al sistema de pre- financiamiento, el **costo del dinero** para las empresas que necesitaban acceder a créditos bancarios y otras modalidades y/ o entidades financieras se encareció (después de 1960) y las empresas encontraron la forma de que * ese costo * sea asumido por los consumidores y usuarios: la pre -financiación como parte sustancial del proceso de producción y comercialización de bienes y servicios.

La **econometría de regresión** nos demuestra y fundamenta claramente la postura que humildemente sostenemos, es más, muestra además su aplicación a las relaciones inter - empresariales, con los con tratos de concesión, distribución, franquicia, en algunos supuestos con suministro, los con tratos bancarios, etc. claramente hay un **crecimiento exponencial** de la utilización del contrato de adhesión y un **decrecimiento también exponencial** de la utilización del contrato paritario o de negociación individual.



3.2. La progresión estadística.

En cuanto a la “**econometría de progresión**” el sistema de organización empresarial y estatal de mercado (financiero; productivo y de servicios) y en el ámbito de la negociación de bienes y servicios hacia consumidores, claramente el contrato de adhesión será utilizado en términos crecientes al igual que el sistema de pre-financiamiento.

El **modelo contractual de adhesión** no solo asume la comercialización en la adquisición de bienes y servicios, sino que también es el soporte de los créditos y el sistema de prefinanciamiento (planes) incluso desde la última parte del siglo pasado y en la actual, al pre-financiamiento se le acopla la capitalización (medicinas pre-pagas).

4. Falta de meticulosidad metodológica en la legislación contractual.

La **verosimilitud econométrica** que acabamos de incluir en el acápite anterior de muestra claramente la falacia económica y jurídica de haber colocado como núcleo duro o central y de premisa del sistema, al contrato paritario o de negociación individual. (análisis económico del derecho).

Efectivamente el Código. Civil. y Comercial. de la Nación Argentina, legisla en Título II. Contratos en general. Capítulo 1.- Disposiciones generales. (lo que indica que a partir de esta regulación se desprenden los contratos derivados) y define al contrato en el art. 957: Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

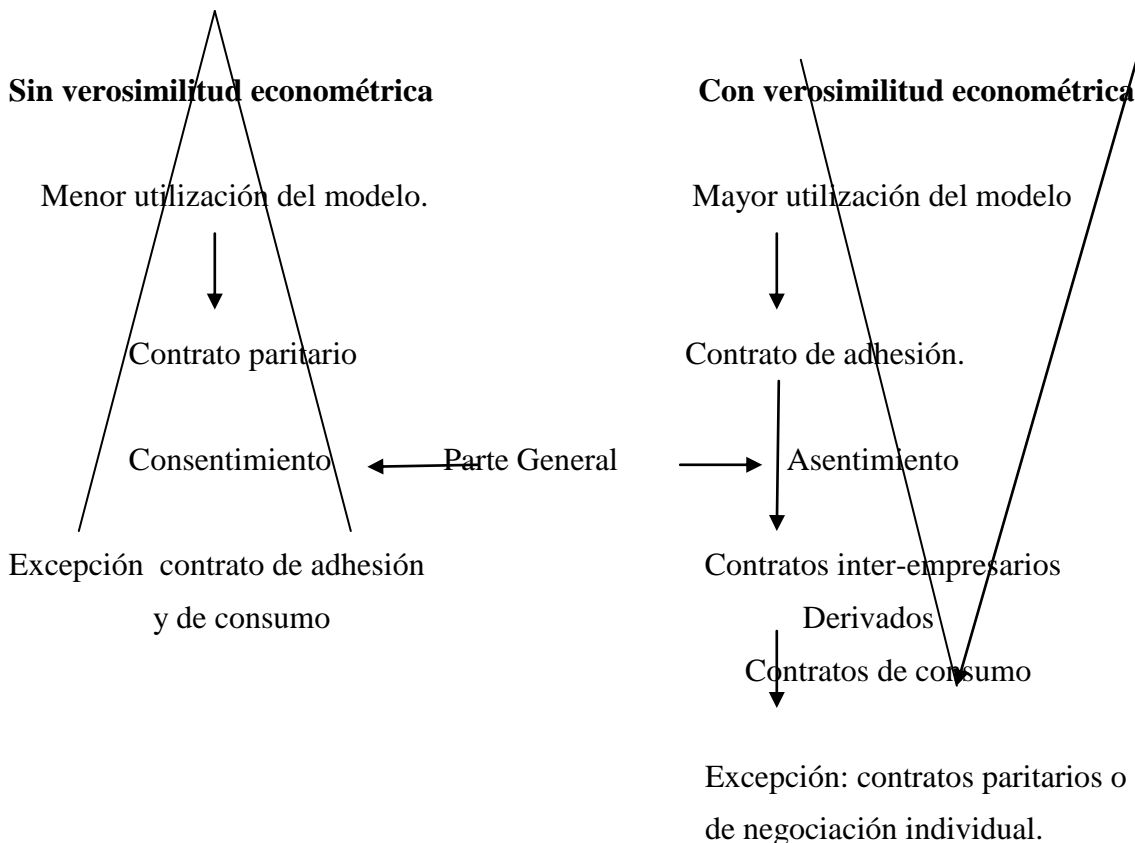
Se trata de una descripción de la conformación del contrato paritario, donde las partes en **igual de poder** dan su **consentimiento**, lo cual es absolutamente contrario a la realidad económico – jurídico, es decir, sin querer ofender a los redactores, (a quienes no conozco que hayan regulado esta parte) es una absoluta incongruencia con la realidad y una inadecuación con la función metodológica de técnica legislación.

La **econometría** hace hablar a los datos de la realidad y no solo eso, nos indica que es lo principal y lo secundario; la premisa y las derivadas; lo cierto y verdadero y lo falso, etc. de allí que cuando propugnamos que debió ser el **contrato de adhesión** el que encabezara la parte general de contratos, que fuera el núcleo central, que fuera la premisa, lo sostenemos que los datos de la realidad, porque a partir de esto se debió construir una parte general, sustituir el asentimiento por el consentimiento (esto es determinante) ; la revisión

del contrato y algunos institutos que son centrales, como la lesión objetiva; el sobre endeudamiento, etc. y como derivadas, el contrato de consumo y de usuarios de servicios y como excepción al sistema el contrato de negociación individual o paritario.

Código. Civil. y Comercial. de la Nación..
ser.

Lo que humildemente sostenemos debió ser.



Precisamente al haber regulado desde el consentimiento y el contrato paritario nos encontramos con situaciones disparatadas como por ejemplo, en el Capítulo 3, denominado Formación del Consentimiento, en la Sección Segunda, se regula (bajo aquel Capítulo 3) al Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (sic) y luego en el Título III. Contratos de consumo. Capítulo 1. Relaciones de consumo y Capítulo 2. Formación del consentimiento.(sic) o se utilizan diversidad de artículos (art 987; 1037; 1064;1065;1074; 1094; 1095,etc.) y hasta un capítulo entero(Capítulo 10 . Interpretación) que produce repeticiones innecesarias y desubicado metodológicamente.

De la misma forma en materia de cláusulas abusivas, en la Sección Segunda, se regula (bajo aquel Capítulo 3) al Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y en artículo 988, Las cláusulas abusivas, y se dice que se tienen por **no escritas**; luego en el art. 1018, se establece que se tiene por **no convenidas** y luego un Capítulo 4, entero, sobre cláusulas abusivas, donde se establece en el art. 1122, señala que las cláusulas abusivas se tiene por **no convenidas** y luego en la misma norma establece que

el Juez declara la **nulidad parcial del contrato**, en realidad se trata de **nulidad de cláusulas**, lo que denota diversidad de lenguajes y ausencia de principios generales sobre “cláusulas abusivas”.

Por ultimo otro gravísimo error metodológico es, el art. 1067. Protección de la confianza ubicado en el Capítulo 10, sobre Interpretación y el art. 1090, Frustración de la finalidad, ubicado en el Capítulo 13, cuando ambos son “**principios generales de la contratación**” cualquiera sea su tipo y estructura.

Solo hemos querido brindar algunos ejemplos donde se puede constatar no solo las cuestiones metodológicas sino los contenidos repetitivos, con lenguajes diferentes, que lleva a la ineficiencia de esta parte general y que seguramente traerá dificultades en la aplicación jurisprudencial.

5. Conclusión.

Nuestra crítica no se trata de una mera sustitución dogmática de modelos, sino que a través de la econometría como confirmación empírica – científica demostramos que el contrato de adhesión debió ser el centro de la regulación y establecer los que se denomina “**variables dispersas**” (instituciones como la lesión; el daño punitivo, etc. evitando “daños colaterales” al mercado) con una regulación de protección de la PYMES y los consumidores / usuarios, mas real y cuidadosa en el articulado y el lenguaje, la preservación del “expuesto” como sujeto trascendente en la sociedad de consumo; establecer el control de convencionalidad y preservar el principio de progresividad y no regresividad, en materia contractual, etc.

La metodología de colocar en el centro del sistema al consentimiento y el contrato paritario o de negociación individual, es no solo regre siva, sino que le permite a las empresas poderosas repetir viejos planteamientos y tener que volver a empezar los cuestionamientos a esas posturas deci monónicas, con dilaciones judiciales que llevaran años en consolidar lo que acabamos de perder con este código: la defensa de los sin poder en los nego cios contractuales, que también había pergeñado el Pro fesor Borda cincuenta años antes y generar años de inseguridad jurídica, con altos costos para el Estado, las pequeñas empresas y los consumidores o lo que se denomina “**un impacto social negativo**”.