

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

INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 973 Y 1121 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN A LOS CONTRATOS Y RELACIONES DE CONSUMO.

Autor: Carlos Gherzi*

Resumen:

a. Sostenemos que las publicidades realizadas como modelos estándares de ofertas son vinculantes (presunción) y que el consumidor o usuario cierra el círculo adhiriéndose, es decir prestando su asentimiento, por lo cual resulta inaplicable el art. 963. C. C. y Com. de la Nación.-

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

1. Introducción.

El Derecho del Consumo es un derecho autónomo¹ y no debió ser incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación incluso porque el Decreto 191/ 2011 facultaba a la Comisión reformadora a la Unificación Civil y Comercial, lo cual nos obliga a establecer algunos límites a la regulación del citado Código en relación al Derecho del Consumo.

El Derecho del Consumo a través de la Ley 26.361 una regulación autónoma y autosuficiente y protectora del consumidor o usuario que representa un avance con respecto a la legislación del derecho privado porque coloca el acento en la debilidad con que se encuentra económica, sociológica y jurídicamente el usuario y consumidor.²

2. La contratación del consumidor.

Desde mediados del siglo XX la doctrina y la jurisprudencia – extranjera y nacional- ha abordado este derecho del consumo como la contracara del derecho laboral que es el otro sujeto minusválido en las relaciones de mercado.

Especialmente en lo atinente al sistema de comercialización de los bienes y servicios cuya oferta se realiza a través de la publicidad (art. 6 / 7 y 8 LDC 26.361) y las estructuras de adhesión – cláusula predispuestas, tanto generales como particulares –

* Profesor Titular, UBA.

¹ BENETTI TIMM, Luciano. O novo paradigma contractual: o direito social como uma nova racionalidade normativista sociológica. En R. Pfeiffer y A Pascualotto. Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002. Convergencias e assimetrias.- pag 342. Ed. Revista Dos Tribunais. San Paulo. 2005

² SANTOS BRIZ, Jaime. La contratación privada., segunda parte, capítulo III, ya había planteado en 1966 esta situación de minusvalía. Ed. Montecorvo. Madrid . 1966.

por lo cual la citada publicidad debe necesariamente integrar no solo el contenido del contrato sino que ser obligatoria para quien la emite con fuertes restricciones para el supuesto del retiro del mercado, en cualquiera de sus modalidades (intempestiva; anticipada a la fecha de vencimiento, agotamiento de stock, etc.) incluso con la reparación integral de daños si el consumidor resulta perjudicado, quien debe alegar y probar el daño y su intensidad.

Con esta síntesis de marco regulatorio queremos aludir a dos normas alta mente cuestionables y que humildemente sostenemos no deben aplicarse al derecho del consumo.³

3. Invitación a ofertar.⁴

El Artículo 973.- Invitación a ofertar. La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

La norma plantea dos alternativas, la primera, “La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas”.

Señalamos en párrafos precedentes que las ofertas a los consumidores y usuarios se realiza por vía de la publicidad, es decir la “estandarización de modelos” de ofrecimiento de comercialización de bienes y servicios, donde el consumidor o usuario adhiere a la misma (asentimiento y no consentimiento como errónea y maliciosamente señala el capítulo 2, del Título III) de tal forma que queda el contrato de adhesión- consumo concluido⁵, pretender hacer aparecer que se invierten los términos de la oferta y la demanda en el mercado, es realmente no solo el desconocimiento de las operatorias del consumo sino pretender colocar al consumidor en otra situación de minusvalía además de la que esencialmente posee. (Estructural).⁶

Este artilugio jurídico esta delineado especialmente para las compañías de seguro y los bancos (aún cuando no lo es exclusivamente) que ofrecen sus servicios, pretende hacer

³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos. Parte General.*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2004, p.89. “El derecho del consumidor ha sido sin duda factor de creación de un microsistema autónomo, tanto en sus reglas como en sus principios.” Tal vez y si no me falla la memoria fue el Dr. Atilio Aníbal Alterini que en la tapa de su libro de contratos estableció el contrato de consumo como categoría autónoma. “Contratos Civiles- Comerciales- de Consumo, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 110. Invitación a ofertar, cita algunos antecedente extranjeros, pero en la nota 36 señala relacionado la norma del Código Peruano: “Esta es la orientación del derecho mas reciente inspirada especialmente en la protección del consumidor y cita el art. 7 de la L. D. C.” Es decir con cuerda con nuestra postura que la invitación a ofertar es extraña al derecho del consumidor y que si alguna vez se pensó en aplicarla, no es la tendencia actual.

⁵ ALTERINI, Atilio A. “Contratos Civiles- Comerciales- de Consumo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.302. “A diferencia del derecho común esa oferta al público es vinculante para el emisor: si un consumidor potencial la acepta, el contrato queda celebrado y si el emisor no le hace honor es responsable por daños.”

⁶ WEINGARTEN- GHERSI. (directores), *Manual de Contratos Civiles , Comerciales y de Consumo.*, 3era edición actualizada con el C. C. y Com. de la Nación., Ed. La Ley. Buenos Aires, 2015.

valer su posición dominante en el mercado (incluso contrario al art. 11 del C. C. Com. de la Nación).⁷

En la segunda parte, “excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos”, lo cual también debe interpretarse a favor del consumidor (art.3 LDC) siempre las ofertas por publicidad son vinculantes y quedara a cargo de la empresa (art. 53 LDC) probar lo contrario y siempre que no se trata de una práctica abusiva o cláusulas abusivas (art.37 LDC).

Por último la referencia las condiciones admitidas por los usos, debiéramos recordar quien hace los “usos”, las empresas y algunas situaciones con la complicidad del Estado (organismos competentes).

4. La relación precio cláusula abusiva.

El Artículo 1121.- Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

La primera parte de la norma establece un desconocimiento del sistema negocial de mercado, pues una de las cláusulas abusivas (incluso coincidente en determinada circunstancias con las practicas abusivas) es el precio del bien o del servicio.

Daremos algunos ejemplos que abundan en jurisprudencia, las medicinas prepagas solo podrían aumentar los precios – es decir fijar el precio del servicio- conforme al art. 17 de la Ley de Regulación de Medicinas Prepagas –sin embargo en clara connivencia con la Secretaria d Comercio, se fijan nuevos precios sin cumplir con el art. 17, lo que ha ocasionado numeroso amparos, al igual que la fijación arbitraria de precios del servicios para franjas atarías superiores, etc.⁸

En materia de Bancos se fijan precios por cargos inexistentes, - que integran el precio final de servicios - lo que también ha dado lugar no solo a reclamos judiciales individuales sino a acciones colectivas.-

En lo atinente a seguros los precios finales de servicios estándares y obligatorios, pretenden hacer aparecer a la franquicia como parte del precio, lo que también ha dado lugar a innumerables cuestiones incluso a un plenario de la Cámara Nacional en lo Civil.⁹

Un último ejemplo (simplemente para no abrumar al lector) está en la inconstitucionalidad del art. 1204 en materia de locaciones. Artículo 1204.- Pérdida de luminosidad del inmueble. La pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador.

Es obvio que en un enorme retroceso el Código Civil y Comercial de la Nación, reimplanta la responsabilidad subjetiva como columna dorsal de la responsabilidad y el

⁷ WEINGARTEN- GHERSI. (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado con jurisprudencia*, Tomo I., Ed. Nova Tesis, Rosario, 2015.

⁸ WEINGARTEN- GHERSI., *Tratado de regulación de medicinas prepagas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

⁹ GHERSI, Carlos, *Contrato de seguros*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.

derecho de daños –cuando tanto el C. Civil como la L. D. C. había consolidado la responsabilidad objetiva–.¹⁰

Sostenemos humildemente que precisamente el precio de la locación es un elemento objetivo del mercado y que tiene que tener un equilibrio económico con la contraprestación, de tal forma que si varía la contraprestación (menos luminosidad) simplemente se ha variado la relación económica precio- servicio locativo, y en tal caso el dolo solo servirá para la intensidad de la reparación del daño, pero no para la aplicación de la revisión del contrato.

5. Conclusión.

a. Sostenemos que las publicidades realizadas como modelos estándares de ofertas son vinculantes (presunción) y que el consumidor o usuario cierra el círculo adhiriéndose, es decir prestando su asentimiento, por lo cual resulta inaplicable el art. 963. C. C. y Com. de la Nación.-

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

¹⁰ WEINGARTEN- GHERSI. (directores), *Manual de los derechos del consumidor*, 2da. edición actualizada con C. C. y Com. de la Nación, Ed. La ley, Buenos Aires, 2015.