

## **EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO PARA LAS TRATIVAS CONTRACTUALES Y EL USUARIO O CONSUMIDOR**

**Autor:** Nucciarone, Gabriela Alejandra\*

### **Resumen:**

*Frente al planteo del interrogante de que si: ¿Resulta aplicable el artículo 991 del CCCN, cuando es el usuario o consumidor quien se retira intempestivamente de la tratativa contractual?. Advertimos que el error metodológico utilizado en el flamante Código Civil y Comercial de la Nación y el minucioso análisis de los elementos previos que deben considerarse en una tratativa preliminar, como la autonomía de la voluntad plena, la libertad para contratar pero también para salir de una tratativa previa, nos da como resultado que no podría ser el usuario o consumidor sancionado, aun cuando incurra en culpa, si se retirare intempestivamente de la tratativa preliminar.*

### **1. Introducción:**

La temática despierta interés e inquietud, cuando se piensa en la normativa prevista en la parte general de contratos, planteada en el libro tercero sección tres, referida a las tratativas contractuales del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante –CCCN- al tiempo que se intenta aplicar a los contratos de consumo regulados en el mismo ordenamiento, y en la Ley 24.240 modificada con la 26.361.

No podemos dejar de pensar un instituto, dejando de lado el resto del ordenamiento jurídico. No hay compartimientos estancos, el derecho viste en su conjunto, y ello importa amplitud y evolución. Por ello es relevante el abordaje a la luz de la parte general, la relativa al contrato de consumo, y en especial lo comprensivo de la responsabilidad civil, que preferimos llamar, derecho de daños.

### **2. Planteo del interrogante:**

¿Resulta aplicable el artículo 991 del CCCN, cuando es el usuario o consumidor quien se retira intempestivamente de la tratativa contractual?

Sabemos que si bien el Código Civil no estipulaba expresamente sanciones para quienes se retiraban en forma intempestiva de una negociación o tratativa contractual, esto no implicaba que a la luz de la normativa en su conjunto; los principios generales del derecho comprendidos en la buena fe, (Art. 1198 CC), el ejercicio no abusivo del

---

\* Abogada, Docente de la Facultad de Derecho de la de la Universidad Buenos Aires, Jefa de Trabajo Prácticos en la materia Contratos Civiles y Comerciales , Magister en Dercho de Daños y Contratos USAL, doctoranda en el Doctorado de Derecho Privado de UCES.

derecho (Art. 1071 CC), se lograra una jurisprudencia que atendiera estos supuestos, dando una respuesta frente a la temática de hecho planteada.

Hoy el codificador incorpora una sección referida a las tratativas contractuales, planteando las consecuencias frente al retiro –al menos con culpa- de las mismas, dejando en la siguiente sección la responsabilidad en los contratos preliminares.

Si hacemos un abordaje de cada uno de los artículos veremos pues si resulta o no aplicable a los contratos de consumo, y en especial a la conducta que pueda tomar el consumidor durante las tratativas preliminares.

Adelantamos, aun cuando no sea el objeto de esta ponencia, que se detectan imprecisiones en la regulación del instituto, en tanto queda abierto a considerarse como que cualquier desistimiento de las tratativas preliminares podría generar responsabilidad, al tiempo que no se establece con claridad cuál será el factor de atribución, en que avance de la tratativa podríamos pensar en que sería abusivo retirarse de la negociación y cuál es la extensión de la reparación del daño.

En primer lugar el artículo 990 reza: *“Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”*

Difícilmente podamos decir que en materia de contrato de consumo, cuando un usuario o consumidor suscribe este tipo de contrato, prime la libertad de negociación.

Libertad, que observada desde distintos ángulos, siempre se ve vulnerada. Así se vulnera cuando lo que se contrata es un servicio de primera necesidad, que es ofrecido solo por algunas empresas, que controlan el mercado; cuando no existe posibilidad de intervenir en la formación del contrato y se impone el poder económico y de conocimiento; cuando el mercado obliga a los usuarios y consumidores a adquirir bienes o servicios para lograr un posicionamiento social; cuando la publicidad invade los hogares, las calles, los medios audiovisuales. En cada uno de esos acotados ejemplos, la libertad sufre un ataque y se ve vapuleada.

Si tomáramos por ejemplo la explicación que nos brinda STIGLITZ RUBEN<sup>1</sup>, sobre la autonomía de la voluntad: *“La autonomía de la voluntad significa que la voluntad es autónoma, que ella suministra su propia ley. El individuo no está obligado más que por su voluntad y en la medida de la misma. El valor del principio de la autonomía de la voluntad no es factible de ser cuestionado totalmente. Sigue siendo útil para explicar la existencia de la libertad contractual y, sobre todo, de la fuerza obligatoria del contrato.”*; donde liga la autonomía de la voluntad y su desarrollo a la etapa de tratativas preliminares *“Entonces se debe agregar que la promesa obliga también porque otro ha creído, legítimamente, que ella sería mantenida”*. Advertiríamos que el error metodológico que subyace en el CCCN al regular la parte general de los contratos pensado en una estructura clásica y de contratos paritarios, en palabras de GHERSI -sin verosimilitud econométrica-, lo que se ve reflejado en los artículos en análisis tanto el 990 como el 991 del CCCN.

Como resultado no podemos hablar de libertad para contratar ni libertad para dejar de hacerlo, cuando nos encontramos frente a una relación consumeril.

---

<sup>1</sup> Stiglitz, Rubén S., Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, Cita Online: AR/DOC/3668/2014

Sabemos que el usuario o consumidor ingresa en un amplio porcentaje al ámbito preliminar mediante *spots* publicitarios, que fueron lanzados al mercado con el objetivo primario de captar al consumidor y hacerle sentir la necesidad inminente de adquirir esos bienes o servicio. Partiendo de allí queda el mismo en una telaraña donde difícilmente encuentre salida y donde la libertad queda absolutamente acotada o nula.

Si continuamos en el análisis el artículo 991 reza “**Deber de buena fe.** Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.” La exigencia de comportarse conforme la buena fe, no es más que una reiteración de los principios establecidos en el artículo 9 y 10 del CCCN, entendiendo que nadie puede ser dispensado de actuar de buena fe, no sólo en el ejercicio de los derechos personales, sino reales, sucesorios etc.

Ahora bien, no cabe dudas que si pensamos en la parte más poderosa o dominante en la relación de consumo, no tendríamos duda alguna de que el artículo debe aplicarse y que en definitiva intenta resguardar el valor “confianza” que es tan importante en las relaciones consumeriles. Pero si por un momento –y sabemos que la casuística supera toda previsión normativa- imagináramos al usuario o consumidor retirarse de la tratativa preliminar, aún con culpa, no va ser tan fácil afirmar que es pasible de una sanción, es decir del pago de una “indemnización” conforme lo dispone el artículo en cuestionamiento.

Lo que para el avance doctrinario de estos tiempos y hasta para la jurisprudencia actual, podría parecer obvio, al punto de que en principio nadie condenaría al usuario o consumidor que en forma intempestiva decide retirarse de una tratativa que gestionó, que transitó, hoy a partir de la regulación que se hace en el CCCN, conforme se encuentra plasmado en la parte general de los contratos, cabe al menos cuestionárselo.<sup>2</sup>

En los tiempos que corren, la autonomía de la voluntad no puede ser entendida como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, pre y pos contractuales. Vease para este último supuesto las discusiones doctrinarias que se vienen dando sobre el “consumidor sobreendeudado” y su imposibilidad de cumplimiento. Por ello esa autonomía relativa y relegada solo en el ámbito de contratos paritarios o de adhesión entre partes de igual poderío de negociación, deja de ser un principio general que puede destacarse en la teoría general de los contratos.

### **3. Propuestas para la comisión**

El artículo 991 del CCCN, es un claro ejemplo de que las disposiciones generales referidas a los contratos que se encuentra regulada en el CCCN, no se condicen ni son un vector común, para las distintas formas de abordar o de llegar a la celebración del contrato.

---

<sup>2</sup> El individualismo no admitía racionalmente la posibilidad de que el juez revisara el contrato. ¿Es permitido explotar la debilidad física y moral del prójimo, la necesidad en que él tiene de permitir la perversión temporaria de su inteligencia o de su voluntad? Según Ripert, el artículo 1134 del Cód Civil para los franceses contiene una expresión muy enérgica

Las tratativas preliminares en la relación de consumo no se encuentran alcanzada por el artículo 991, cuando el que se retira de la misma es el usuario o consumidor.

No es correcto afirmar que al celebrar un contrato de consumo existe libertad plena para contratar y libertad plena para abandonar la negociación, cuando el sujeto más vulnerable fue alcanzado por los efectos publicitarios.