

---

# DESDE LA "AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD A LA INSTITUCIONALIZACION DE LA FIGURA DEL SUJETO DEBIL. ¿LA CAIDA DE LA DOXA?"

*MARÍA DEL CARMEN DÍAZ SIERRA*

Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EPOCA POSTMODERNA. III. EL NUEVO MERCADO, LA OMC. IV. EL DERECHO EN EL NUEVO MERCADO. V. AMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO COMERCIAL. VI. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS. VII. EL CONTRATO. VIII. FUERZA VINCULANTE DE LOS CONTRATOS. IX. ESTATUTOS Y CÓDIGOS. X. RELACIONES DE CONSUMO. CONSUMIDORES. XI. EL CONTRATO DE CONSUMO. XII. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. XIII. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. XIV. ¿A QUIENES SE CONSIDERAN CONSUMIDORES ? A) Posición amplia (Blengio). B) Intermedia (Wonsiak). C) Posición restringida (Mariño). D) Posición estrictísima (Olivera). E) Nuestra posición. XV. LA LLAMADA "DEBILIDAD JURÍDICA" EN LA CONTRATACIÓN. XVI. LOS CONTRATOS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO. XVII. CONTRATOS DE EMPRESAS. XVIII. CONTRATOS PREDISPUUESTOS. XIX. DESEQUILIBRIOS NEGOCIALES. XX. DERECHO URUGUAYO. A) POSICIÓN DEL ESC. BLENGIO. B) POSICIÓN DE LOS DRES. CARNELLI Y SARLO. C) NUESTRA POSICIÓN. XXI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

**L**a nueva economía de mercado, ha producido un impacto profundo en toda la civilización - fundamentalmente en la occidental. Ha producido cambios en todos las áreas de la sociedad: en la cultura (cambios de gustos muchas veces en forma inducida) y también sociales; económicos, en definitiva a cambiado para bien o para mal el mundo preexistente; la nuestra no es ya la sociedad decimonona.

Siendo incontrovertida la interdependencia entre Derecho y Sociedad, el derecho ha tenido cambios muy profundos, algunos ya aceptados, otros se están gestando en el mundo y particularmente en nuestro país, donde, dada nuestra naturaleza conservadora, nos resulta a veces difícil asimilar las nuevas concepciones.

Con el presente trabajo y en una forma muy sucinta, ya que tratado en profundidad implicaría una obra de largo aliento, pretendemos poner en el tapete la aparente caída de ciertas doxas - entendida la doxa como una tesis que tiene apariencia de irrefutable, porque se ha dado que entre los actores que integran el debate un acuerdo básico, que funciona como irrefutable, en el contexto en el cual es admitida la misma.

En definitiva pretendemos poner en el tapete, si es posible revisar los contratos en cuando en éstos se haya producido un claro desequilibrio, por el abuso de la posición dominante de uno de los contratantes respecto de su cocontratante que tiene la característica de ser débil.

A efectos de llegar a dicho punto, analizaremos el cambio que se ha producido en la economía postmoderna, como ésta a afectado al Derecho, al punto de hablarse por un lado de una unificación entre el derecho civil y el comercial; la necesidad impuesta por la economía mundial de la unificación del derecho y los sistemas

jurídicos (continental - anglonorteamericano) Convenio de Viena, Principios de UNIDROIT que lo intentan, la aparición de los "estatutos" regulados fuera de los Códigos, y limitando la autonomía de la voluntad, la protección del débil a través de leyes como la del consumo, y su incorporación por algunos derechos a los Códigos, finalmente y sobre nuestro país la discusión de que se ha planteado respecto de entender que el principio "*favor debilis*" puede utilizarse en la contratación privada.

## II. EPOCA POSTMODERNA

Se dice que la era de la sociedad industrial llegó a su ocaso, en algún momento de mediados del siglo XX, quizás el 6-VIII-45 cuando el hombre demostró haber dominado la fusión nuclear, o quizás en 20 - VII - 1969, cuando pisó la Luna, comenzó un nuevo tiempo de la Historia. Se trata de la era designada postindustrial (KAHN - WIENER - BELL), postmoderna (ENZIONI), tecnológica (ELLUL), tecnocrática (BRZEZINSKI), neoindustrial (VALASKAKIS), superindustrial de la tercera ola (TOFFLER), de la información (NAISBITT), de la aldea global (McLUHAN), de las redes (BRESSAND-DISTLER), o de muchas otras maneras posibles.

## III. EL NUEVO MERCADO, LA OMC

Dentro de esta nuevo tiempo de la historia, el comercio internacional y la competencia económica tiene un efecto fuera de discusión sobre los Estados, los cuales son cada vez más interdependientes en sus intercambios comerciales; tales efectos conjuntamente con otros afectan la vida social, política, económica y jurídica de los mismos.

Si bien siempre existió interdependencia entre los Estados, ya que el hombre no vive aislado, ni en consecuencia los estados o pueblos, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de las economías nacionales, y de la marcha del comercio internacional, viendo los Estados la necesidad de abordar los problemas económicos, en especial darle una regulación al comercio internacional, es que el Secretario de Estado Norteamericano publicó ciertas "proposiciones para la expansión de Comercio Mundial y Empleo" que debían ser consideradas en la futura Conferencia Internacional sobre Comercio Mundial y Empleo; las mismas fueron apoyadas por el poder Ejecutivo norteamericano y el Gobierno de Gran Bretaña, quienes proponían la creación de una Organización internacional de Comercio (OIC), la cual sería una de las instituciones especializadas de las Naciones Unidas.

A raíz de ello, el Consejo Económico de las Naciones Unidas, a propuesta de EUA, adoptó por unanimidad una resolución que convocaba a una Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo.

La Conferencia tuvo lugar en La Habana del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, y concluyó con la elaboración de un documento denominado "Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio" que fue incluido en el Acta Final de la Conferencia. Acta que fue firmada por 53 países.

La Organización Internacional del Comercio prevista por la Carta de La Habana estaba dotada de una vasta misión que comprendía prácticamente la mayoría de las cuestiones relativas al comercio, el empleo y al desarrollo, y debía garantizar, con las instituciones de Bretton - Woods, la coherencia y la solidaridad de las políticas comerciales, monetarias y financieras para alcanzar una expansión económica equilibrada y un pleno empleo.

La Carta de La Habana, ha sido comparada a una catedral gótica y de la cual el Secretario General de la UNCTAD ha afirmado, en 1974, que aportaba unas enseñanzas interesantes que permanecen válidas hoy día aunque hayan cambiado las circunstancias.

Dicha Carta no entró en vigor, debido a que la misma no contó con el apoyo del Congreso de EUA, quien no la ratificó, arrastrando a otros países a no apoyarla.

El fracaso de la Carta de La Habana supuso el éxito para el GATT, ya que un grupo de 23 países, sin esperar los resultados de la aplicación de aquella, realizó una serie de negociaciones arancelarias con el fin de llevar a la práctica las disposiciones del capítulo IV de la Carta de La Habana el cual, reorganizado y completado constituyó la base del GATT.

Este acuerdo General estaba concebido esencialmente para un sistema centrado sobre la economía de mercado, en virtud del cual la diferencia entre precios internacionales y los precios internos constituía el elemento determinante de los intercambios internacionales. Se trataba de reconstruir por vías convencionales e institucionales, la libertad de comercio, inspirado en una filosofía neoliberal, basada en los principios de la no discriminación y reciprocidad, se pretendía del GATT constituyera un sistema jurídico - comercial multilateral en el que la libre competencia y la economía de mercado fundamentales.

Las conferencias arancelarias en el seno del GATT se han desarrollado en Ginebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1950 - 1951); Ginebra (1955 - 1956, 1961 - 1962, 1963 - 1967, 1973 - 1979). Las últimas sesiones han sido

calificadas, en virtud de su importancia y su duración, de "rondas". Ronda Dillon (1961 -1962); Ronda Kennedy (1963 -1967); Ronda Tokio (1973 - 1979 ) a ésta sesión se la ha denominado "Negociaciones Comerciales multilaterales" y Ronda Uruguay (1986 -1944).

En 1986 la octava ronda de negociaciones multilaterales del GATT, en Punta del Este Uruguay.

La Ronda Uruguay se concluyó a mediados de 1994 con una reunión Ministerial en Marrakesh, aunque no fue un objetivo explícito de la Ronda Uruguay, después de años de negociaciones los países participantes decidieron constituir una institución formal: la **Organización Mundial del Comercio**.

La organización fue creada, en teoría, con el propósito de asegurar la plenitud de trabajo en el ámbito mundial y el desarrollo sostenible.

La OMC a diferencia del GATT interviene en el comercio de bienes, servicios, propiedad intelectual e inversiones.

La OMC que fue una aspiración de larga data de todos los países del mundo desarrollados y no desarrollados, pero se concretó porque en esta etapa así lo querían los países desarrollados.

Hoy si se quiere comerciar en este mundo se debe estar dentro de la OMC, ya que es la única forma de hacerlo con el resto del mundo y resulta un hecho notorio la necesidad de Uruguay para su supervivencia, y luego de ello, para mejorar su calidad de vida la de mantener un comercio activo con el resto del mundo.

Por lo cual estamos dentro de éste gran mercado, que es el mundo, con todo lo que ello implica lo bueno y lo no tanto. A manera de ejemplo estamos insertos dentro de las nuevas técnicas de comercialización, dentro de las que podemos anotar como una diferencia creada por esta postmodernidad, es la *demandá inducida*.

En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el mercado clásico en que la producción era consecuencia necesaria de la demanda, es decir la demanda de cierto producto o servicio antecedía a la oferta que atendía dichas necesidades; hoy el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que adquiera productos o servicios que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado, para ello provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad de tal forma que en realidad de los hechos, quien decide lo que va ser consumido es el productor y no el consumidor.

Para ello, y a manera de ejemplo los productores utilizan técnicas como la *mercadotecnia*, la cual es ejercida por expertos en comportamiento de los consumidores que tratan de responder sobre éstos: qué compran, por qué lo compran, cómo lo compran, cuándo lo compran, dónde lo compran, con qué frecuencia lo compran.

Para ellos las técnicas de investigación comprenden diferentes perfiles ya sea geográficos, demográficos, socio - culturales, psicológicos, de comportamiento del consumidor.

A manera de ejemplo y según los criterios de VALS (Values and life Styles)<sup>1</sup> la sociedad es segmentada en varios sectores: el de los integrados, el de los émulos, el de los émulos realizados, el de los realizados socioconscientes y el de los dirigidos por la necesidad. *Los integrados* son tradicionalistas, y por lo tanto consumen productos clásicos. *Los émulos* son jóvenes no afirmados todavía en sus convicciones, y a ellos se destinan la publicidad tendiente a convencerlos de que el consumo de cierto producto contribuirá a su realización personal pendiente. *Los émulos realizados*, son el blanco de la promoción de marcas prestigiosas, a las que se les atribuye aptitud para identificarlos con clases sociales superiores. *Los realizados socioconscientes* (antiguos hippies que pertenecen a la generación nacida en la segunda postguerra) son los que prefieren su realización personal y asumen valores como la vida bucólica, el buen estado físico, o la ecología. *Los dirigidos por la necesidad* son los que están preocupados por su subsistencia, no importan a la publicidad porque no interesan como consumidores. Es razonable suponer que los componentes de las primeras cuatro categorías consumen, respectivamente, Coca Cola, cigarrillos Camel, ropa marca Polo, y automóviles que no contaminen el ambiente.

#### IV. EL DERECHO EN EL NUEVO MERCADO

Pero dada la interrelación que existe entre derecho y sociedad, y como consecuencia de ello el vínculo entre economía y derecho, éste ha sido "tocado" en varios aspectos por la economía de mercado, sólo y en forma de "reseña" veremos: el ámbito de actuación del derecho civil y del derecho comercial; los perspectivas de la contratación y relacionado con ello, la presunta crisis de la autonomía de la voluntad; el concepto de "parte débil" y quienes son los destinatarios de tal concepto, los pretendidos nuevos "estatutos" o microsistemas de derecho.

<sup>1</sup> Alterini, Atilio Aníbal, CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo TEORIA GENERAL 1a. reimpresión 1999; Edit. Abeledo - Perrot Bs. As. pág. 142

## V. AMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO COMERCIAL

Senala De Castro y Bravo<sup>2</sup> el Derecho civil tiene dos aspectos en su contenido: como *ius commune*, donde no tiene límites precisos y caben todas las disciplinas, cuestiones, e instituciones que no se hallan independizado, y presta "la base dogmática a todo el Derecho no estrictamente político; da así reglas generales que son comunes a más de una disciplina. Ello explica que tradicionalmente se estudie en los tratados de Derecho civil el concepto del Derecho y sus fuentes.

Agregando el Catedrático español "su extensión se deriva de su contenido material; se encuentren en cualquier género de disposiciones o de textos legales, corresponde al Derecho civil, y está sometido a sus principios, todo lo concerniente a la organización de la familia, significado de la persona y canalización de la iniciativa individual y la regulación del poder y modo de transmisión de los medios de riqueza."

Por su parte el derecho comercial fue la primera rama del derecho que se desprendió del *ius commune*, conteniendo disposiciones de Derecho privado, siendo codificada, siendo objeto de una literatura jurídica especializada.

Refiere Alterini<sup>3</sup> "En Europa, en razón de la organización política feudal, el sistema jurídico estaba fragmentado en una gran variedad de estatutos personales que seguían al individuo dondequiera se encontrar. A partir del siglo XI apenas la seguridad en los caminos lo permitió, los mercaderes itinerantes se aventuraron cada vez más lejos con sus productos, y se reunieron en ferias en las que participaron comerciantes que provenían de muy diversas regiones y que, por lo tanto, estaban sujetos a sus propias leyes personales. Para posibilitar los negocios, los señores feudales admitieron que las operaciones de los mercaderes no estuviera sujetas a la ley del lugar de la feria, y que sus controversias fueran resueltas por jueces ad hoc elegidos por ellos mismos." "Y ocurrió entonces que, para resolver esos conflictos, los mercaderes y sus jueces crearon un nombre nuevo, el de *lex mercatoria*, para un derecho viejo, el *jus gentium*", cuyos principios fueron la prevalencia de la intención sobre la forma, el respeto de la palabra empeñada o de la promesa formulada, la obligación de soportar equitativamente las ventajas y los daños derivados de sus relaciones patrimoniales, la necesidad de actuar de buena fe con prescindencia de las formas o ritos utilizados." "El Derecho Comercial nació, pues, como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad, era el Derecho de los comerciantes. Éstos obtuvieron dos ventajas muy especiales: crearon su propia regulación jurídica, al asignársele fuerza vinculante a sus propios usos; y designaron sus propios jueces. Porque los señores feudales permitieron y, más aún, garantizaron, que los comerciantes resolvieran entre ellos sus conflictos particulares, con sus reglas específicas." "En las codificaciones del siglo XIX se produjo una fuerte expansión del área de vigencia del Derecho Mercantil. La regulación subjetiva fue remplazada por otra objetiva, que debió tomar en cuenta a la persona del comerciante y atendió en cambio a las características de determinados actos, denominados actos de comercio." Esa expansión se produjo a expensas del Derecho Civil, generando varios inconvenientes que ha reseñado VIVANTE: a) la delimitación del área de la materia comercial suele ser incierta; b) además suele ser artificiosa, pues muchos actos son considerados mercantiles aunque no tengan relación con el comercio en sentido económico, como las letras de cambio; c) el Código de Comercio nació como un Código de clase para los comerciantes, que deja sin defensa a quienes, sin serlo, quedan sometidos a él; d) desde que los usos comerciales son creados por los propios comerciantes, y tienen efecto jurídicamente vinculante, los no comerciantes suelen estar sujetos a normas que ignoran." "El ensayo titulado Nacimiento, Vida, Pasión, Muerte y Resurrección del Derecho Mercantil, que el profesor peruano Carlos Torres y Torres Lara publicó en *jus et praxis*, Universidad de Lima, núm. 5, julio 1985) explica la evolución del Derecho Comercial conforme a estos criterios:" "Su nacimiento, como vimos, se produjo en la Edad Media, como un Derecho "de una clase pobre, marginal, y sin importancia a los ojos de sus contemporáneos", la clase de los vendedores ambulantes que compraban para vender, no para consumir." "Su tiempo de vida tuvo esplendor. El comercio se desarrolló expansivamente, los pequeños vendedores ambulantes pasaron a ser ricos comerciantes - formando una nueva clase social, la burguesía, en la que se apoyaron los reyes para imponer su poder a los señores feudales - y el Derecho Mercantil desplazó al Derecho Civil, cuyas normas "de procedencia romana estaban concebidas para una actividad fundamentalmente privada, familiar e inmobiliaria y de consumo", frente a la cual "el comercio se desarrolló como actividad masiva, mobiliaria y de lucro" "A partir del siglo XVII se inició el tiempo de la pasión. Una vez que la clase noble y feudal fue dominada, con la financiación de los comerciantes burgueses, la monarquía reasumió el poder estatal en la producción de las normas del Derecho Comercial. En 1807 Napoleón dictó el Código de Comercio el que con la perspectiva de la nueva clase burguesa, esta plasmado de reglas prácticas, utilitarias, de base mobiliaria, y el lucro como centro de la acción: sacrifica la justicia en busca de la eficacia y eficiencia. Además, para evitar que sea un Código clasista - que sería incompatible con la bandera revolucionaria de

<sup>2</sup> De Castro y Bravo Federico; Derecho Civil de España; Parte General; Tomo I; Tercera edición; Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, Pág. 130

<sup>3</sup> Alterini Atilio Anibal, CONTRATOS ... pág. 97 y ss. y "Tendencia en la contratación Moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarrá; FCU, Montevideo 2001, pág. 11 y ss.

igualdad - se inventa, justifica y luego se defiende, durante casi dos siglos, que el Derecho Comercial se aplicaría, no para los comerciantes como clase, sino para cualquiera que realizara actos comerciales y, al pasar de subjetivismo al objetivismo, "ya no importa quién realiza el acto, sino el acto mismo." La muerte adviene, entre otras razones, porque estalla la Revolución Industrial y el comercio se masifica. Los códigos de Comercio son modificados sustancialmente, ya que el comercio varía día a día y las necesidades económicas así lo exigen; pero no hay tiempo para dictar nuevos códigos, pues mientras las comisiones estudian cómo lograr una nueva codificación, el Código sigue siendo modificado por partes. Los códigos de Comercio, en definitiva, quedan literalmente descuartizados. Pero entonces se produce la resurrección del Derecho Comercial, aunque en una nueva forma. aún más fuerte que antes, sus reglas ya no están necesariamente en un Código de Comercio, sino que ahora se incorporan al Código Civil y éste deja sus antiguas vestiduras: al igual que ciertas costumbres bárbaras se incorporaron a la civilización occidental y viven aún hoy habiéndose puesto el nuevo ropaje de la cultura occidental, así el Derecho Mercantil, con ropaje civil, se ha impuesto en las nuevas sociedades, bajo la forma del denominado Derecho Privado, o Derecho Privado Patrimonial. Se ha producido la comercialización del Derecho Civil - antes bien que la civilización del Derecho Comercial - la razón de la masificación de la nueva sociedad, en la que todos o casi todos actuamos en las actividades mercantiles, tomadas éstas en su sentido más genérico, es decir, como actividad económica". En nuestro país la Dra. Eva Holz<sup>4</sup> expresa que si bien hay institutos que son propios de una u otra materia, como ser el derecho de familia o los derechos de la personalidad en materia civil o los regímenes en materia societaria, la empresa en materia comercial, existen otros que de acuerdo a las épocas y necesidades económico sociales, pueden estar reguladas por un u otro derecho.

Señala esta autora que en la actualidad se ha producido una generalización del derecho mercantil a consecuencia de la actividad las grandes empresas mercantiles o industriales, que obtienen sus utilidades de la masificación de sus productos a través de la economía en escala lo cual trae como consecuencia la también masificación de las técnicas de contratación, lo cual provoca que "el Derecho Mercantil, que tradicionalmente ha regulado a las empresas comerciales e industriales, sea aplicado en forma masiva a todos los estratos sociales, a toda la colectividad, por lo que su contenido original, que es la regulación de los actos de comercio y del comerciante, se expande más allá de esas fronteras primigenias."

Por otra parte señala la Dra. Holz que las dificultades económicas y la pérdida del poder adquisitivo y a efecto de conservar ahorros, han hecho que por ejemplo la clase media haya incursionado en áreas, antes reservada para una clase específica - los comerciantes - y por ejemplo realice operaciones bursátiles e inclusive realice especulaciones, sin perjuicio de ello existe un uso generalizado de la población de las operaciones bancarias, a través de cuentas corrientes, emisión de cheques, etc.

Como consecuencia de ello el Derecho Civil debió adaptarse, flexibilizando sus estructuras, y adoptando principios propios del Derecho mercantil, tales como la facilidad de adaptación, la libertad formal, etc.

Es por ello que dicha comercialista concluye: "que los ámbitos específicos de la materia mercantil se reducen, ya que por ejemplo las áreas relativas a las obligaciones y contratos, en principio solamente mercantiles, hoy son consideradas como terreno único del Derecho Privado y no se diferencian de las obligaciones y contratos civiles. Por imperio de la generalización del Derecho Comercial y la comercialización del Derecho Civil, el régimen de obligaciones y contratos de ambas resultan casi idénticos, y extrayendo este sector del ámbito del Derecho Mercantil, sus contenidos específicos se reducen a aquellas áreas que de ninguna manera podrán ser reguladas por el Derecho Civil, como ser la legislación bancaria, la de los seguros, la regulación por de la empresa y sus institutos afines, el derecho societario, el de la concurrencia desleal, el régimen marcarío, etc. El corolario ineludible... la unificación, cuando menos, del derecho de las obligaciones.

**Nuestra posición.** Sin perjuicio de coincidir con los profesores citados, en esta unificación que se esta produciendo respecto a ciertos institutos civiles y comerciales, nos permitimos tomar las palabras del Profesor De Castro y Bravo<sup>5</sup> para advertir que "conserva el Derecho civil su función de Derecho común, sirviendo su doctrina de contrapeso eficaz a la tendencia hacia la deshumanización del tráfico." (destacado nuestro).

## VI. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS

En esta época postmoderna donde no existen las fronteras, se siente como imperioso por los operadores del sistema de mercado llegar a cierta armonía entre las distintas legislaciones nacionales relativas a los contratos; tarea en la cual se viene trabajando a efectos de lograr como un "lenguaje común" para la regulación de los contratos que instrumentan los negocios de ese mercado.

<sup>4</sup> Holz Eva ; Mercado y Derecho ; FCU, Montevideo 1993 ; pág. 20 yss.

<sup>5</sup> De Castro y Bravo, Federico, ob. cit, pág. 139

Tal tarea se ha tornado imprescindible por la globalización, fenómeno económico que se difunde aceleradamente desde la década de los ochenta. En efecto, el aumento de los intercambios, las inversiones en el extranjero, la formación de grandes bloques económicos (CE, MERCOSUR, ALCA, etc.), ponen en tensión, con más intensidad que nunca en la historia, los dos grandes sistemas jurídicos mundiales: el continental europeo y el anglonorteamericano, por la diferencia técnica en cuanto a las fuentes del Derecho, sustancialmente códigos para el sistema continental europeo y el common law para el anglonorteamericano. La diferencia entre ambos sistemas no sólo es académico, sino que por el contrario tienen consecuencias en las economías de los países, ya que dependiendo el sistema jurídico elegido el negocio puede ser más o menos costoso y a veces puede suceder que el negocio no se realice, por lo menos bajo ciertas disposiciones legales.

Pensemos el caso de un Derecho que sólo admite la liberación del deudor contractual cuando existe caso fortuito o fuerza mayor (art. 1343 CCU) entendiéndose por tal un hecho imprevisible e irresistible, en función de ello requiere a ese deudor que realice esfuerzos para cumplir hasta la frontera de lo imposible; y otro Derecho, que por ejemplo siga los criterios de la Convención de Viena de 1980 sobre Compra Internacional de Mercaderías y de los principios de UNIDROIT, acepte que el mero *impedimento ajeno a la voluntad* del deudor lo libere de responsabilidad. Es lógico que el primero de los sistemas es más exigente que el segundo, porque le son requeridos al deudor mayores esfuerzos para cumplir, y se lo hace responsable por incumplimiento en un número de hipótesis más amplio; consecuentemente si contrata en el primer sistema cobrará un precio mayor que el que cobraría en el segundo.

#### a. *La nueva lex mercatoria.*

Algunos sostienen que un modo de unificación internacional del Derecho resultaría de la denominada *Nueva lex Mercatoria* o *Nuevo Jus Mercatorum*. La idea de *lex mercatoria* tiene sustento fundamental en la regla de buena fe, la cual permite "afirmar el principio de la fuerza obligatoria del contrato internacional", y brinda a la vez un instrumento para reglar el comportamiento de los operadores del comercio internacional. También tienen fuente influencia los usos y costumbres. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de UNIDROIT (art. 1.8) consideran obligadas a las partes por los usos convenidos, las prácticas entre ellas, y los usos generales.

#### b. *Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.*

Tiene como propósitos "promover la uniformidad en su aplicación" y "asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional" (art.7 inc. 1°). En términos generales, las compraventas abarcadas por la Convención son las de "bienes muebles corporales". Se incluyen también los contratos de suministro, en los alcances de su artículo 3. *Pero están excluidas las compraventas realizadas para uso personal, familiar o doméstico, que corresponden a la categoría de contratos de consumo; las realizadas en subasta y las judiciales; las de valores mobiliarios, títulos o efectos del comercio, y dinero; las de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y las de electricidad* (art. 2). Esta Convención es particularmente importante para el desarrollo de la teoría general del contrato, porque sigue los criterios más modernos.

#### c. *Principios de UNIDROIT.*

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma, dio a conocer en 1994 los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional, que fueron elaborados por un Grupo de Trabajo que integraron profesores, magistrados y funcionarios de alto rango, pertenecientes a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. Su Introducción expresa: "el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados". Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer "reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales" y actuar como "principios generales del Derecho" o como "Lex Mercatoria", así como "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional" o para ser utilizados por los particulares en los "contratos estrictamente internos o nacionales". *Se han excluido del ámbito de los Principios las llamadas "operaciones de consumo"* Se trata de un material que tiene coincidencias con soluciones de los Derechos nacionales (tanto sistema continental como common law) y de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y que adecua a las exigencias jurídicas del mundo moderno de los negocios.

#### d. *El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.*

El Parlamento Europeo, en 1989, encargó al profesor de Copenhague Ole Landö la redacción de un "Código europeo de Derecho común de contratos", y en 1994 insistió en que las tareas continuaran adelante,

no se ha publicado sus resultados. Por su parte la Academia de Jusprivatistas Europeos, integrada por prestigiosos profesores pertenecientes a los sistemas del Derecho continental y del Common Law, en 1990 de unos encuentros en Pavia (Italia), surgió un grupo de trabajo que se propusieron elaborar un Código nuevo en el cual el texto y contenido se adecuara a las circunstancias socio - económicas actuales. Dicho grupo tomó como esquema de base el Código Civil italiano - el cual se considera intermedio entre los sistemas francés y alemán y por la unificación del Derecho Civil y Comercial que contiene - y el Contract Code de MCGREGOR, la primera parte del anteproyecto se conoció en el año 1995, y la segunda 1997, en el cual se propone mantener la unificación entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial. abarcando diversos aspectos de la teoría general del contrato.

#### e. *El Contract Code de McGregor.*

En el año 1966 la Law Commission británica encargó al profesor en Oxford y Londres Harvey MacGregor un proyecto de Código de Contratos, ese Contract code pretendió aproximar las soluciones del Derecho británico y el Derecho continental, y se realizó basado fundamentalmente en la jurisprudencia y se trata de una consolidación o compilación del Derecho que rige en Gran Bretaña.

## VII. EL CONTRATO

Resulta hoy un instrumento imprescindible en una sociedad de mercado, por no poderse concebir una sociedad organizada sin que en ella el mismo no ocupe un sitio de preferencia.

Señala Alterini<sup>6</sup> que el sustantivo "contractus" aparece por primera vez en un fragmento de Sevio Suplicio Ruffo (cónsul en el año 51 antes de Cristo) del que da cuenta Augulo Gelio en sus Noches Aticas (Gallo). Continúa expresando el autor antes referido que en ese Derecho "la celebración requería ciertas formalidades; no bastaba por lo tanto la mera voluntad de las partes. La sola convención (convetio, pactum) no generaba obligaciones, sin perjuicio de que ciertos casos le fueran asignados efectos jurídicos por edictos imperiales y por disposición del pretor." Los contratos se podían formar por la cosa, o por las palabras, o por escrito, o por el solo consentimiento dando lugar a las siguientes categorías: contratos verbis, que quedaban concluidos verbalmente; contratos litteris, que quedaban concluidos por escrito; contrato re (el mutuo, el comodato, el depósito y la constitución de prenda, que hoy son considerados contratos reales), para cuya conclusión era necesario la entrega de la cosa y contrato consensu, que quedan concluido con el consentimiento, sin ninguna otra formalidad. Otra clasificación que se realizaba era en cuanto que algunos contratos eran de Derecho estricto, y otros eran de buena fe. Los contratos de derecho estricto obligaban en los términos literales en que se habían hecho las estipulaciones; dentro de éstos se incluían los contratos verbis, los contratos litteris y el mutuo. En tanto que los contratos de buena fe obligaban más que por las palabras, por la verdadera intención de las partes: "en los convenio debe estarse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras" (Digesto, 50, 16, 219); comprendían todos los contratos solo consensu y los contratos re, comodato, el depósito y la prenda. Asimismo, muchas de las regulaciones guardaban relación con la buena fe objetiva, atento a ello se le concedían acciones a los compradores cuando la cosa presentaba vicios o defectos ocultos, todo lo que consagró la regla caveat venditor (vendedor, precávetete). Dicha solución se adecua a la buena fe, por cuanto le reconoce al comprador el derecho de recibir la cosa vendida, sin defectos que la hagan impropia para su destino (1718, 1696, 1686 CCU).

Si analizamos el **derecho llamado continental europeo**, vemos que el **contrato** resulta del acuerdo o consentimiento, y es obligatorio. En otras palabras, desde que se realiza el acuerdo entre las partes, éstas están obligadas a cumplir lo convenido, y en consecuencia las mismas quedan sujetas a la ejecución específica y a la indemnización por los daños en caso de incumplimiento. (arts. 1101 CC Francés; 1254 CC español, 1321 CC italiano; & 305 del CC alemán (en referencia al negocio jurídico), entre otros. En tanto que en el **derecho norteamericano** y según el Restatement of Contracts 2nd. (sistematización jurisprudencial norteamericana, elaborada por el American Law Institute) "el contrato es la promesa o la serie de promesas por cuya ruptura la ley otorga un recurso (remedy), o cuyo cumplimiento reconoce de alguna manera como una deuda". Dicho recurso puede consistir en una ejecución específica, la restitución, la indemnización, y, en su caso, el reconocimiento o la privación de un derecho, privilegio, o poder creado o concluido por la promesa. Por su parte para el Código modelo que regula el contrato de compraventa comercial, el cual rige en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América - Uniform Commercial Code - considera como contrato a la

<sup>6</sup> Alterini, Atilio Arúbal, CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo TEORIA GENERAL 1a. reimpresión 1999 ; Edit. Abeledo - Perrot Bs. As.

totalidad de las obligaciones legales que resultan del acuerdo de partes (secc. 1. 201[10]). Ahora bien, aquel "remedy" no se otorgaba a cualquier incumplimiento, existiendo ciertas restricciones a dichas acciones que provendrían del antiguo Common Law, pero manifiesta el Profesor Alterini que "en ciertas situaciones se considera que quien genera en otro cierta confianza (reliance) o expectativa respecto de que realizará determinados actos, queda obligado por la generación de esa confianza; la idea fue difundida en la década de los treinta por Fuller y Perdue." como réplica a la ortodoxia tradicional, según la cual la autonomía de las partes contratantes era el fundamento del Derecho contractual (Atiyah). Fried admite que la "convención provee un camino por el cual una persona puede crear expectativas en otra", y entiende que "en virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esa convención para hacer una promesa, y luego romperla". >. <La cuestión se advierte con claridad en materia de publicidad para el consumo: el vendedor queda obligado "por las promesas o afirmaciones de hecho realizadas en el envase o la etiqueta" (Uniform Commercial Code. Secc. 2-314 [2-d]), y responde de las afirmaciones inexactas hechas al público "por la justificable confianza" que haya creado (Restatements of Contracts 2nd. &402.B). > Pero debe advertirse que en el derecho angloamericano moderno subsiste una singularidad que lo caracteriza: en términos generales sólo son exigibles las promesas que tienen consideration. En nuestro derecho positivo ha sido definido por el art. 1247 del CCU como "una convención para la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." Como se puede apreciar de la definición dada por nuestro legislador, en nuestro ordenamiento ha sido recogida la posición o tesis restrictiva en cuanto a los derechos que pueden surgir del mismo. En efecto, de acuerdo a la norma transcrita, el contrato es una convención que crea obligaciones. Con lo cual se deja de lado otras posiciones como la denominada amplia: en la que se entiende que mediante el contrato es posible crear, modificar o extinguir cualquier clase de derechos patrimoniales. O la posición intermedia que sustenta que el contrato no sólo puede crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales, como los reales u los intelectuales. Asimismo y conforme lo preceptuado por el art. 1260 del C.C. existe en principio, la libertad contractual, lo cual condice con la norma constitucional (art. 10 inc. 2), dicha libertad aparentemente quedaría limitada sólo cuando se pretende realizar un convenio en contra de las buenas costumbres o del orden público. (art. 11). del C.C.U)

Pero en cuanto a las leyes expresadas en modo imperativo que no concierna al orden público y en las normas supletorias, en las cual la ley sólo ofrece como opción un modelo, integran el Derecho dispositivo, es en esta área en que los particulares son los arquitectos de sus actos. Y es allí donde está emplazado el contrato. Se trata de un criterio generalizado, que resulta expresamente del Derecho comparado: C.C. italiano de 1942 (art. 1322); C.C. del Distrito Federal mexicano (art. 1859); C.C. peruano de 1984 (art. 1356) CC español (art. 1255); C.C. paraguay de 1987 (art. 669); y también los Principios de UNIDROIT (art. 1.1: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido") Como consecuencia de ello, los tribunales carecen de facultades para intervenir en los contratos, o en sus estipulaciones, salvo en supuestos muy puntuales: cuando lo autoriza la ley (por ejemplo si se trata de resolver sobre su interpretación, su integración, su ejecución, su modificación, o su extinción) o cuando ha sido transgredida una norma imperativa de orden público. Sólo en este último caso cabe su actuación de oficio.

## VIII. FUERZA VINCULANTE DE LOS CONTRATOS

El profesor argentino Alterini recuerda que<sup>7</sup>: "Se trata de la regla pacta sunt servanda (los pactos deben ser conservados). En el Digesto (2,14,7,7) se recoge la opinión del pretor: "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de ellos", sobre el cual GAYO corrobora (Digesto, 2,14,28) que "los pactos convenidos contra las reglas de Derecho Civil no se consideraran válidos." Este límite a la autonomía de la voluntad fue fisurado por un rescripto de JUSTINIANO (Código, 2, 3. 39), en el cual estableció "que a nadie le sea lícito ir contra sus pactos y engañar a los que con el contrataron", preguntándose "¿por qué no valdrán también en esta ocasión los pactos, cuando es otra regla del antiguo Derecho que todos tienen facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido?". De alguna manera, los glosadores extrajeron de ese rescripto las reglas pacta sunt servanda y volenti non fit injuria (lo que se quiere no causa daño), que también podrían considerarse inducidas del Digesto (2, 14, 1, proemio), en cuanto se pregunta ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana como respetar los hombres lo que pactaron entre si pactaron?".

<sup>7</sup> Alterini, Atilio Aníbal, Contratos.... pág. 67

Este criterio se reflejaba en el pensamiento de ROUSSEAU, que consideraba a las convenciones, "base de toda autoridad legítima ante los hombres": el pacto, con fuerza suficiente para justificar la organización misma de la sociedad, debía tener energía bastante como para obligar a los sujetos de Derecho en la medida y extensión de lo acordado. O cuando KANT predicaba: "cuando alguien decide algo respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí mismo" También coincide con la conocida frase de FOUILLÉE: "Quien dice contractual dice justo" La doctrina comparada a las preguntas de: ¿por qué obligan los contratos? o ¿cuándo obligan los contratos? Han respondido con *diferentes teorías*, las cuales agruparemos siguiendo el criterio de Alterini<sup>8</sup>:

**a. Teoría positivista.**

Sostiene que los contratos obligan porque así lo dispone la ley. La voluntad no crea obligaciones, sino que se limita a someterse a los status previstos por la ley, los usos o los contratos tipos, o a no someterse a ellos (Hauser)

**b. Teoría del imperativo categórico.**

Estima que los contratos son obligatorios en virtud de un postulado de la razón: los contratos obligan porque obligan (Kant).

**c. Teoría de la justicia correctiva.**

Sostenida por Villey quien entiende que la convención no es más que un accidente, un accesorio en el cambio, pero jamás es ella la que constituye la esencia del sinalagma, apoyándose en Aristóteles entiende que el desplazamiento de un bien, de un patrimonio a otro, es lo que da lugar (por la justicia llamada correctiva a fin de restablecer el equilibrio) a la "restitución" de un valor equivalente, en lo posible.

**d. Teoría utilitarista.**

Bentham sostenía que desde un punto de vista intelectual, es ventajoso para el contratante cumplir lo estipulado, porque de lo contrario, en el futuro nadie contrataría con él. Por su parte Demogue sostuvo que desde el punto de vista social, es útil para la sociedad que los contratos sean cumplidos.

**e. Teoría del poder de la voluntad.**

Se entiende por esta posición de que el contrato es obligatorio porque deriva del poder de la voluntad de la persona. No obstante, si alguien promete, y luego cambia de parecer, la ley lo obliga a cumplir lo prometido, yendo de ese modo contra su voluntad; en realidad, "no se trata de realizar el poder de la voluntad del promitente, sino de conceder o negar una acción al promisorio (Gorla)

**f. Teoría religiosa y moral.**

Se parte de que un mandamiento de la Ley Divina es no faltar a la palabra; y, en el plano social, el amor al prójimo impide violar lo prometido. Ripert expresa: "el respeto de la palabra empeñada es una de las bases del orden social", agregando: "la promesa, sin duda, no es obligatoria sino en cuanto la ley civil la sanciona; pero la ley, a su turno, pide a la regla moral el secreto de la fuerza de esa promesa, y los caracteres que hayan de hacerla respetable."

**g. Teorías de la veracidad y de la confianza.**

El criterio de la veracidad fue introducido por Vico, el cual entendía que la persona podía hablar o callar, pero si habla y promete, la veracidad lo obliga a cumplir. Mas reciente en el tiempo se ha sostenido que el contrato es obligatorio por la confianza que la promesa genera en los demás (Messineo). Este criterio además puede ser sustentado en diversas razones: *Morales*: Se trata del deber moral de veracidad, así Risolía establece que "corresponde hacer honor a la fe empeñada". *Jurídicas*: El daño sufrido por quien confiado en una manifestación de voluntad ajena, y ha sido defraudado en su confianza, obliga a quien no hizo honor a la fe empeñada porque rige el deber general de no dañar a otro. *Filosóficas*: El carácter social del hombre le impone confiar en los demás. Si no pudiera confiar en ellos, en los hechos, aquel carácter social desaparecería. **Alterini** por su parte entiende que: quien decide estar a Derecho y obra un acto jurídico, con discernimiento, intención y libertad, restringe de alguna manera su albedrío, al obligarse frente a otra parte a cumplir una prestación, o a indemnizarla en caso de incumplimiento. En la actualidad se suele asignar fuerza jurídica

<sup>8</sup> Alterini, Attilio Aníbal, Contratos... pág. 18 yss.

vinculante a lo que resulta de determinada situación creada, y se atribuye esa "responsabilidad derivada de la confianza" desestimando también las "declaraciones de voluntad negligente" (Santos Briz). Quien genera una expectativa en un tercero está precisado a responder a la confianza que le ha sido depositada.

En nuestro país, Santiago Carnelli y Eugenio Cafaro<sup>9</sup>, siguiendo a Ferri<sup>10</sup> quien sostuvo que "La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interminando posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida. Aunque sean excepcionales, estas intervenciones de la ley tienen justificación formal en la superioridad de la fuente legislativa sobre la negocial." sostuvieron que todos los individuos en su calidad de sujeto de derecho y en el marco de la autonomía de la voluntad, tiene la posibilidad de crear normas, tal posibilidad se denomina poder normativo negocial, y éste encuentra su fuente de validez en una norma supraordinada, la ley, la cual puede atribuir o privar a los individuos de dicho poder negocial. Por su parte el Escribano Blengio<sup>11</sup> entiende la autonomía de la voluntad "como un colorario del derecho a la libertad, referente al plano de la regulación normativa de intereses privados, puede concebirse como un procedimiento caracterizado por el rol decisivo asignado a la voluntad exteriorizada de los sujetos en la creación de *normas jurídicas individuales que alcanzan (de regla) sólo las esferas jurídicas de sus autores.*"

Agregando que "El principio de la autonomía de la voluntad, encuentra sus raíces filosóficas en las ideas de Kant en la *Crítica de la Razón Pura*, concibiendo a la voluntad como la fuente única de toda obligación y una fuente justa, por cuanto si es posible ser injusto cuando se trata de decidir para los demás no se lo puede ser cuando se decide para sí mismo. Las ideas de la escuela del Derecho Natural inspiradas fundamentalmente en Grotius, el adecuado ambiente de la prevalencia del liberalismo económico y las ideas políticas que hacían del hombre el centro del sistema, inspiradas en las teorías de Hobbes y Rousseau sobre el contrato social, que concebía a los hombres esencialmente libres e iguales, que no entendía posible una restricción de la libertad que no tuviera su origen en la voluntad del hombre, por lo que sólo se veía como admisible una sociedad organizada sobre la base del acuerdo voluntario, determinaron casi naturalmente, que surgiera como un verdadero dogma, el principio de la autonomía de la voluntad."

El derecho positivo recoge la teoría de la voluntad en el artículo. 1291 del CCU que dispone: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como la ley misma." "Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o la ley."

En tanto el art. 209 del C. Co. U dispone: "Las convenciones legalmente celebradas, son ley para los contratantes y para sus herederos." "No pueden ser revocadas, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley expresamente señala." "Todas deben ejecutarse siempre de buena fe, sea cual fuese su denominación, es decir, obligan no sólo a lo que se expresa en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso, o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza." En igual sentido que las disposiciones del ordenamiento jurídico uruguayo el código francés (fuente del nuestro) en su art. 1134, expresa: "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho" "No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o las causas que la ley autorice."

"Deben ser cumplidas de buena fe"

En tanto que el art. 1197 del C.C argentino expresa: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". También el art. 42 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos adopta el mismo criterio: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes" En definitiva, la autonomía de la voluntad descansa sobre dos bases: a) La libertad de contratar o autodecisión, que da derecho a contratar o no contratar; y b) la libertad contractual o autorregulación, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío. Las partes tienen derecho, si deciden contratar, a elegir el tipo contractual, hacer una adaptación especial de este tipo, o utilizar una figura atípica. Correlativamente, la autonomía de la voluntad implica otras dos libertades (MAZEAUD), que deben ser ejercidas de común acuerdo por las partes: la libertad para modificar el contrato, o sea para revisar sus términos; la libertad para extinguir el contrato, o sea, para dar por terminada la relación contractual. Ahora bien esa libertad de contratar (o autodecisión) que es uno de los contenidos del dogma de la autonomía de la voluntad, que implica la libertad para celebrar el contrato, o la libertad para rehusarse a celebrarlo y la libertad para elegir

<sup>9</sup> Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B.; Eficacia Contractual; edit. Abeledo -Perrot; 1989 Bs. As., pág. 17

<sup>10</sup> Ferri Luigi; La autonomía privada; Traducción al español de Luis Sancho Mendizabal; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; 1969 ; pág. 51

<sup>11</sup> Blengio, Juan "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir" en ADCU T. XXVII, FCU, Montevideo, pág. 393 y ss.

el cocontratante, tenía sus limitaciones en los códigos europeos que la proclamaban al imponer ciertos contratos como los depósitos necesarios, realizando expropiaciones forzosas, constituyendo servidumbres, o disponiendo la venta de bienes en ejecución del deudor, a las que posteriormente han venido a añadirse, con una clara protección a los intereses de los económicamente débiles, toda la legislación del trabajo, la legislación de arrendamientos urbanos. Finalmente, las consecuencias de entender que existe una equiparación entre el contrato y la ley son:

- a. Los contratantes deben atenerse a lo contratado, y cumplirlo (*pacta sunt servanda*), o indemnizar al acreedor por la inejecución de lo debido.
- b. Las convenciones se sobreponen a las leyes supletorias vigentes al tiempo de la celebración del contrato, y a las dictadas con posterioridad.
- c. Los tribunales deben hacer respetar y cumplir las estipulaciones contractuales como si se tratara de la ley.

## IX. ESTATUTOS Y CÓDIGOS

Actualmente se habla en Doctrina de "estatutos" o "microsistemas" es así que Alterini<sup>12</sup>, los cuales rigen normas especiales y se encuentran al margen de los Códigos

Se ha señalado por ésta doctrina ciertas características comunes de los estatutos que lo diferencian de los Códigos, en primer lugar el ámbito de aplicación es más estrecho que el de los códigos, en efecto, y a manera de ejemplo el art. 3 del C.C. uruguayo establece que las normas se aplican a todos los que habitan el territorio de la República; o el art. 1 del C Co. U establece "la ley reputa comerciantes a todos los individuos..."; en tanto que los estatutos particulares, al aprehender a cierta categoría de sujetos, los consideran situados en un rol concreto: el de trabajador por ejemplo. Por otra parte los estatutos no se limitan a regular una determinada relación, sino que por el contrario van más allá, regulando sistemas de tutela a los sujetos pertenecientes a la categoría respectiva. Asimismo los estatutos incorporan elementos interdisciplinarios o multidisciplinarios. Tiene las características y la nota imperativa propia de las regulaciones de orden público económico. Según el autor argentino "en la actualidad, los códigos contienen la *lex generalis*, con dispositivos abstractos y permanentes (BUSMELLI), y los estatutos cumplen funciones de *addenda* y de *errata* de sus preceptos (GERDART). Pero comienzan corrigendi vel supplendi gratia, y suelen terminar convirtiéndose en el Derecho común. (ASCARELLI)

Por su parte el profesor español De Castro y Bravo<sup>13</sup>, al referirse a las formas externas de disgregación del Derecho Civil, establece que éstas se manifiestan en la legislación fragmentaria, en la especialización científica y en la utilización técnicas de las divisiones del Derecho Privado.

Afirma éste autor que las *leyes especiales* que se dictan para atender las nuevas situaciones como por ejemplo la de arrendamientos, no implican que la unidad del derecho civil se pierda, lo que sucederá es que unas normas funcionarán como derecho común (las del Código Civil) y otras como derecho especial o excepcional (por ejemplo la de arrendamientos)

Respecto a la *especialización científica*, se señala que el estudio de leyes especiales ha sido una causa, bastante corriente, de propuestas de separación. La existencia de disposiciones de carácter civil y administrativo en unos mismos textos legales lleva a que los tratadistas piensen en exponerlas juntas, sin perjuicio de su naturaleza. De esta forma y a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, las normas se agrupan en torno a materias y no conforme a su carácter jurídico. Este corte vertical es más sencillo, y el que se adapta mejor a las necesidades de disciplinas poco desarrolladas doctrinalmente. Así junto al derecho Mercantil, han comenzado a alinearse nuevas disciplinas: derecho agrario, derecho del trabajo, derecho de la navegación, derecho aéreo, derecho de la propiedad intelectual, derecho notarial, derecho registral, etc.

El que, a consecuencia de existir textos codificados distintos del Código civil, contengan o no disposiciones de Derecho público, se proponga la autonomía didáctica o la especialización científica, puede no implicar un ataque al Derecho privado, pues las normas civiles (Derecho Común) pueden continuar siendo el complemento de las nuevas y más estrictas contenidas en las leyes especiales. Sin embargo, será un paso preparatorio para crear el prejuicio de que también contienen unos principios propios y generales a toda la materia (pública y privada) y, por tanto, distintos a los del Derecho privado, lo que significaría entonces su total separación del Derecho Civil.

Finalmente señala el autor español que la *especialización* puede considerarse en otro sentido, en cuanto ella determina el ámbito de aplicación de las normas, ejemplificando esta situación con el caso concreto de una

<sup>12</sup> Alterini, Atilio Anibal; Contratos pág. 54 yss.

<sup>13</sup> De Castro y Bravo Federico; Derecho Civil de España... pág. 131 y ss.

relación de mandato, en la que debemos averiguar si está regulada por el Código civil, el Código de comercio o las leyes laborales, deberemos saber el alcance dado a las disposiciones mercantiles y laborales respecto al Código civil y entre sí. Resultando indiscutible la necesidad y el valor práctico de la diferenciación. Pero esto trata de un procedimiento delimitativo, que también hay que emplearlo dentro del Código civil.

Decir que una ley pertenece a un estatuto, un microsistema, se trata de una ley especial o excepcional no es algo que resulte indiferente, ya que a la hora de aplicar la ley, esta se aplicará en forma diferente, si se trata de una norma excepcional o no.

En efecto, cuando estamos ante un microsistema la norma responde a sus propios principios que son diferentes a por ejemplo los del derecho común; por el contrario si se entiende que la norma a interpretar funciona en una continuidad de género a especie, es posible interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo.

*En lo que se relaciona con el tema aquí tratado tales conceptos pueden hacer la diferencia a la perspectiva de una nueva forma de ver los contratos en el derecho positivo uruguayo.*

Ello es así porque en tanto por ejemplo los Doctores Caumont y Mariño<sup>14</sup> entiende que la ley sobre las relaciones de consumo constituyen un microsistema, con principios diferentes a los del Código Civil.

En la posición opuesta se encuentra el Esc. Blengio<sup>15</sup> quien como veremos más adelante sostiene que esta ley es una expresión más concreta y articulada de soluciones que ya se encontraban en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo especial la norma permite su extensión analógica.

Por su parte Alterini<sup>16</sup> entiende a las relaciones de consumo como un sistema autónomo, con sus consecuencias en el sistema interpretativo, en efecto el profesor argentino expresa: *"Las relaciones entre los consumidores o usuarios y los proveedores de bienes y servicios han estado tradicionalmente al Derecho Comercial, por aplicación de las teorías de los actos de comercio objetivo y de los actos unilateralmente mercantiles. Tal sumisión venía a significar un privilegio de los intereses sectoriales de los comerciantes, concepto que ahora es abandonado al proteger los intereses propios de los consumidores o usuarios "mediante un nuevo régimen de contratos" (SANCHEZ CALEKO). A esto se llega por vía de un sistema autónomo que, en cuanto Derecho privado, sin ser ni Derecho Comercial ni Derecho civil, toma lugar entre ambos (HOUIN- PEDAMON) es de carácter interdisciplinario o multidisciplinario, está armado sobre una pluralidad de regulaciones, porque una ley única sería "inviabile desde el punto de vista técnico jurídico" desde que la cuestión "afecta a una gran parte del ordenamiento" (BERCOVITZ)*

## X. RELACIONES DE CONSUMO. CONSUMIDORES.

*Los consumidores en el marco de la economía de mercado.* En los mercados comunes, que son la expresión característica del auge de las economías de mercado, se insiste en privilegiar los intereses de los consumidores.

Es así que el artículo 129 - A del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) se propone contribuir "a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores", mediante "acciones concretas" tendientes a "proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores" y a "garantizarles una información adecuada."

Por su parte el Preámbulo del Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, expresa que uno de sus objetivos es "ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes." Y es así que el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, del comité Técnico N° 7 de diciembre de 1997, desarrolla derechos básicos del consumidor y regula los contratos de consumo.

## XI. EL CONTRATO DE CONSUMO

Los códigos clásicos no se ocuparon específicamente del consumidor.

En tal sentido afirma el profesor argentino Carlos Ghersi<sup>17</sup> *"La Teoría General del Contrato desde la dogmática decimonónica, es sólo una actitud formalista que oprime al consumidor, en el andar de este mundo y una insatisfacción a la justicia económica como valor sustancial"*

A tal conclusión arriba el Doctrino argentino razonando: *"La "Cascada" de formalidades: igualdad - libertad y autonomía de la voluntad, generan entonces un modelo de contrato basado en el consentimiento (oferta - aceptación)*

<sup>14</sup> Caumont Arturo; Mariño, Andrés; en conferencia dada el 13-11-01 en el curso organizado por el Centro de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; "Curso de actualización en Derecho Civil" dictado del 2 de octubre al 29 de noviembre del 2001.

<sup>15</sup> Blengio, Juan; "Ambito subjetivo de aplicación de la ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción del consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" en ADCU T.XXX ; FCU, Montevideo noviembre del 2000, pág. 463

<sup>16</sup> Alterini, Atilio Aníbal; Contratos... pág. 151

<sup>17</sup> Ghersi, Carlos Alberto; "El Contrato ante el tercer milenio: perspectivas del Derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra ; Montevideo; FCU ; 2001, pág 137

objeto (posibilidad de regulación de la conducta) y causa motivo (particular y determinante en cada contratante) que no se adaptó - pensamos - desde principios de este siglo, a ser un instrumento justo de acceso al consumo."

Tal posición es explicada por Ghersi en los siguientes términos: "Pensar en los elementos del consentimiento como actos voluntarios, implementados a través del discernimiento como aptitud cultural, en un mundo donde casi la mitad del plantea carece de aprendizaje escolar elemental; o la intención, como conocimiento específico aplicado al acto, cuando se carece de información adecuada; o la libertad de opción, cuando es bombardea al consumidor con publicidad omisiva, abusiva, y agresiva de generación de conducta refleja, parece totalmente inapropiado."

"Sostener que el objeto, es la conjunción de voluntades legislativas para esbozar una normativa que regule la conducta económica de las partes en igualdad de posición, cuando de un lado existe voracidad por la tasa de ganancia y por otra necesidad o creación consumista artificial, es casi demencial o por lo menos un desconocimiento de la realidad"

Y concluye sobre el punto Ghersi "Alumbrar el contrato desde la causa motivo, como acto único e irrepitible guiado por la psiquis impulsara, es absurdo, cuando se han homogeneizado los gustos para las clases consumistas; o simplemente carecen de poder adquisitivo, es para exigir calidad en la adquisición de bienes o servicios; plantear la motivación desde el status o la competencia sin diversidad, o cuando los consumidores abrumados por exceso de informativa inadecuada y publicidad confusa acceden casi inconscientemente, es una abstracción dogmática uberrunte impropia de quienes consideraban al derecho como herramienta de convivencia y paz social"

## XII. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

Aparecen en la carta de Protección del Consejo de Europa (res. 543 del 15 - V - 1983); en las Directivas sobre protección del consumidor aprobado por la Resolución 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16-IV- 1985, el artículo 8 del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR del Comité Técnico N° 7, de diciembre de 1997, y en la ley 17.250 sobre las relaciones consumo en su artículo 6° habla de derechos básicos del consumidor.

### a. Derecho a ser informado

lo cual deriva de la aplicación del principio de fe en cuanto a los deberes de lealtad y completitud en la información al usuario.

Y es así que el literal C) del art. 6° de la ley N° 17.250 establece que el consumidor tiene derecho a una "información suficiente, clara, veraz, en idioma español, sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas."

### b. Derecho a ser protegido en los intereses económicos.

Se trataría del derecho que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar condiciones equitativas, y que estaría recogido en la ley uruguaya en el art. 6 literal B) cuando se habla del derecho a "el tratamiento igualitario cuando contrate"

Como consecuencia de ello se establece un sistema tuitivo, en favor del consumidor, posibilitando la nulidad parcial, (de cláusulas abusivas), autorizando al Juez a integrar el contrato (último inciso del art. 31 de la ley antes mencionada).

### c. Derecho a celebrar el contrato y regularlo.

El principio clásico de la autonomía de la voluntad abarca las facultades de celebrar un contrato, de rehusarse a hacerlo, de elegir el cocontratante, de determinar su objeto, de elegir la forma del contrato, de modificarlo, de transmitir la posición contractual, de ponerle fin.

En el Derecho moderno esas facultades han sido modificadas de alguna manera según la opinión de cierta doctrina, pero existe unanimidad de que sí sufren variaciones en los contratos de consumo, en los cuales lo justo no se encuentra tanto en el esplendor del albedrío, o en sometimiento riguroso a los términos del pacto, sino en el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. La regla de *favor debilis* incide fuertemente en beneficio del consumidor.

## XIII. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En su mensaje al Congreso de los Estados Unidos de América del 15 -III -1962, el presidente John Fitzgerald Kennedy hizo la afirmación que siempre es repetida: "consumidor, por definición, nos incluye a todos". En el Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea, del 14 -IV-1975, se precisó "en lo sucesivo el consumidor no será considerado ya sola-

mente como un comprador o usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor".

Ambos mensajes implican lo que creemos fundamental, *estamos hablando de la persona, que en éste como en otras áreas del derecho esta siendo colocada como centro del sistema* ya que, la problemática del consumidor, nos concierne a todos, pobres y ricos, fuertes y débiles, instruidos y ignorantes, habitantes de la ciudad y habitantes del campo, consumidores de productos de bienes de primera necesidad y consumidores de bienes suntuarios.

#### XIV. ¿A QUIÉNES SE CONSIDERAN CONSUMIDORES?

La caracterización del contrato de consumo supone la previa definición del *consumidor*, ha resultado problemática en nuestro país, con posiciones diametralmente opuestas, que van de una posición amplia (Esc. Blengio) hasta posiciones sumamente restrictivas (Dr. Olivera).

Esta gama de posiciones resulta posible por los defectos, admitido por todos, que presenta la definición que proporciona la ley uruguaya.

Los antecedentes de nuestra ley se encuentran fundamentalmente en la ley española, la ley argentina y el proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR.

El artículo 2 de la ley 17.250 dice: "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella."

"No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización."

El texto de éste artículo es tomado de los párrafos segundo y tercero del art. 1° de la Ley española General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984<sup>18</sup>, y al igual que ésta ley hace una definición positiva - párrafo segundo del art.1° de la norma española y párrafo primero de nuestro artículo tercero - la que se complementa con una definición negativa - párrafo 3° del art. 1° de la ley española y párrafo 2° del artículo 2° de nuestra ley.

Este tipo de definición negativa es un recurso normativo que se utiliza para excluir supuestos que de otra forma podrían ser entendidos en la definición positiva. Pero en ambas normas se comete el mismo error se dice que son consumidores quien son destinatarios finales en la definición positiva y no son consumidores quienes no son destinatarios finales, pero no se define quien son destinatarios finales.

La interpretación que realiza la doctrina uruguaya de este error es diferente, como veremos, también que existe discrepancias en la doctrina sobre la interpretación que debe realizarse respecto de la no inclusión en la norma uruguaya en su definición negativa de los términos "prestación a terceros" que están en la ley española (párrafo 3° del art. 1°); en el proyecto de protocolo de defensa del consumidor (inc. 2 del art. 3°) y ley argentina (inciso 2° del art. 1°)

##### A) Posición amplia (Blengio)

Es así que para el Esc. Blengio.<sup>19</sup> Es posible afirmar que la ley 17.250 es una ley que actúa un objetivo de justicia distributiva en aplicación del principio de igualdad, que se traduce en tratar de manera diferente a quienes están en posiciones jurídico - económicas distintas, con miras a restablecer el equilibrio fracturado por esta situación.

De acuerdo a su posición en cuanto a la interrelación de los principios constitucionales de libertad e igualdad referidos a la negociación, entiende que la relación que media entre la regulación de la ley 17.250 y las soluciones del sistema jurídico en el que viene a insertarse, es la que media entre el género y la especie.

Aunque la buena fe pertenece al campo de las nociones de fondo del ordenamiento jurídico, tiene sin embargo una especial gravitación en el ámbito de la contratación masiva (que es el terreno natural de las relaciones de consumo) donde la determinación del contenido negocial está en manos de la parte dotada de mayor poder; pues es allí que este standard jurídico asume un significado más intenso, como límite de tal poder

Analizando la definición que sobre consumidor establece el art. 2 de la ley 17.250, expresa: "se articula, en dos definiciones: una positiva y otra negativa, y determina que la individualización de la calidad de consumidor, se

<sup>18</sup> Szafir, Dora; Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189; FCU, Montevideo, 2000 p. 20

<sup>19</sup> Blengio, Juan, En "Ambito subjetivo de aplicación de las relaciones..." pág. 460 y ss.

deba realizar desde una doble perspectiva: a) la primaria (que constituye el núcleo de las dos definiciones), consistente en determinar si la persona física o jurídica es o no destinataria final del bien o servicio; y b) la secundaria (vinculada a la definición negativa del inc. 2º del art. 2), que tiene directa relación con la finalidad o destino a darse al bien o servicio, pues no se podrá considerar consumidor a quien (no constituyéndose en destinatario final en destinatario final) los adquiera a título oneroso (art. 4) con la finalidad de integrarlos a un proceso de producción, distribución o comercialización.”

“La definición negativa, no aporta entonces claridad a la individualización de la noción de consumidor. Aunque a primera vista sólo parece tener en cuenta, como elemento excluyente de esa calidad, la finalidad que describe (integrar el bien o servicio en “procesos de producción, transformación o comercialización”), la exigencia contenida en la primera parte de la misma: “sin constituirse en destinatario final”, deja dudas en cuanto a la incidencia que ella tiene. Por lo que, en función del tenor literal de la norma, bien podría sostenerse que un sujeto que se constituyera en destinatario final de los bienes y servicios que adquiere o utiliza, debería ser considerado consumidor a pesar de haberlos obtenidos con la indicada finalidad.”

Blengio teniendo presente las diferencias de nuestra ley con la española en cuanto a que la definición negativa no hace referencia a la hipótesis de la integración del bien o servicio que se utiliza o adquiere en “prestaciones a terceros”.

En cuanto a la ley argentina, que también recurre a una doble definición (arts. 1 y 2 de la ley 24.240/93), a diferencia de la nuestra, no incluye en la definición negativa (art. 2), al indicado núcleo (no constituye destinatario final) y se limita a señalar que no tendrán la calidad de usuarios, quienes “adquieran, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Estas diferencias, a las que suma “ las razones que motivaron el texto de la definición de la ley española que sirvió de modelo a la uruguaya y a la obliteración (en la nuestra) de la referencia a la incorporación del bien o servicio que se “adquiere, almacena, utiliza o consume” a una “prestación a terceros”, que se encuentra presente tanto en el texto de la norma madre española como la argentina ... , apoyan una interpretación amplia del art. 2 que tiene especial incidencia en la determinación del ámbito subjetivo de la aplicación de la ley 17.250

Blengio manifiesta que la razón de ser de la definición negativa en la ley española era excluir el “consumo empresarial”, que podía llegar a sostenerse de la interpretación extensiva de la significación resultante de su tenor literal que resultaba de la definición positiva. Es así que según explica Alfaro Aguila - Real, se agregara al artículo primero el párrafo 3, que excluía del campo de aplicación de la ley a quienes adquirieran productos o servicios para incluirlos en procesos de producción. Sin embargo, al introducirse también en ese párrafo (que lo hace en términos positivos, exigiendo la calidad de destinatario final para identificar al consumidor), no se logró el propósito perseguido, determinando que subsistiera la posibilidad de incluir (en el campo de tutela), al llamado consumo empresarial.

Las reflexiones que vienen de hacerse, con relación a la ley española, valen sin duda también para la ley uruguaya. Respecto de la cual, por añadidura, podrán agregarse que, de haberlo querido, el legislador bien podría haber eliminado la posibilidad en cuestión, (omitiendo como la ley argentina la referencia a la calidad de destinatario final), habida cuenta de que la norma que se tuvo como modelo fue indudablemente la española y que las críticas a la inserción en la forma expuesta de la definición negativa debieron ser conocidas por quienes elaboraron el proyecto de ley.

Por lo que para este Doctrino lo que “ podría entenderse que en el ámbito de la legislación española constituía una mera posibilidad, en el ordenamiento uruguayo es derecho positivo vigente.”

Confirma su posición la exclusión de “en prestaciones a terceros” que hace nuestra ley separándose de sus antecedentes, cuya explicación brinda la Dra. Szafir<sup>20</sup> en cuanto a que dicha omisión fue intencional y tuvo como finalidad evitar las injusticias que se podrían cometer por ejemplo con un abogado que comprase una computadora, si lo hace para llevarla a su casa entra dicha adquisición en la tutela de la ley, en tanto que si la lleva a su estudio, quedaría excluido de los beneficios de la ley.

Blengio admite que la forma de ser redactada la ley puede dar lugar a dos interpretaciones una en contra del consumo empresarial (si se da una noción amplia de lo que implica el proceso de producción, transformación o comercialización

Pero una segunda lectura a la que el se adhiere, es hacer “pie en el tenor literal de las dos definiciones” privilegiando “el elemento nuclear de ambas: la calidad de destinatario final” admitiendo “como relación amparada por la ley al

<sup>20</sup> Szafir, Dora; Consumidores... p. 20

consumo empresarial. Por lo cual, en casos como el del ejemplo ya referido (profesional o comerciante que adquiere un equipo de aire acondicionado o una computadora para su lugar de trabajo o comercio), se deberá "considerar a una persona como consumidor, a pesar de que destina el bien a un uso que no es familiar o particular sino profesional."

## B) Posición intermedia (Wonsiak)

La **Escribana María Wonsiak de Haskel**<sup>21</sup> se encuentra en la posición de que la omisión de la ley respecto de sus antecedentes en cuanto a la "prestación de terceros" no fue una inadvertencia o error del legislador, apoyándose al igual que Blengio en lo expresado por la coautora de la norma.

Asimismo ésta profesora entiende que para determinar si se es consumidor o no respecto a las personas jurídicas, es fundamental la noción de integración, ya que "es crucial para la determinación o comercialización de un producto o servicio forma parte de un proceso de "protección, transformación o comercialización". Su caracterización debe realizarse con un criterio amplio de razonabilidad, considerando tal únicamente la efectiva utilización para dichos proceso y no las actividades que permiten su implementación"

## C) Posición restringida (Mariño)

Por su parte **Mariño**<sup>22</sup> entiende que el hecho que nuestra ley haya cometido el mismo error que la ley española y no haya adoptado la solución argentina, no es argumento suficiente para admitir el consumo empresarial.

Para este autor para determinar quien es consumidor es fundamental determinar que se entiende por: "destinatario final" y utilizando una definición dada por Pagador López en cuanto a que es destinatario final el "sujeto que adquiere bienes o servicios en uno de los procesos de circulación de bienes (en sentido amplio) con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales y no con el propósito de reintroducirlos directa o indirectamente en el mercado. Entendiendo con Pagador López que dicha definición coincide con el significado por la directiva europea 93/13/CEE (art. 2, b) en cuanto a que consumidor es la "persona que actúa con propósito ajeno a su actividad profesional"

Asimismo Mariño recoge las conceptos por Alfaro Aguila - Real que sostiene que "la diferencia de trato para el consumidor se basa en que el consumidor carece de una organización y de una experiencia como contratante comparable o profesional" y Botana García que considera que "la protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario, desequilibrio que puede traducirse cuando el empresario o profesional no contrata en el sector de su actividad habitual, pero, no obstante, normalmente éstos se encuentran, si bien no en una situación de superioridad, sí en una situación más ventajosa que el simple consumidor en razón de sus especiales capacidades."

Por lo que siguiendo a Pagador López entiende que consumidor es "quien, mediante una operación económica de cambio desarrollada en el mercado y conforme a las leyes de éste, adquiere de un operador profesional o empresarial bienes o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares, particulares o domésticas, en el sentido de ajenas al desempeño de una actividad económica en el mercado".

Asimismo para Mariño el hecho que en la ley uruguaya no se haya repetido la expresión. "prestación a terceros" de los antecedentes que se tuvieron a la vista, no implica que se consideren consumidores a aquellos que prestan servicios a terceros y adquiere bienes o servicios para ello es consumidor ya que "quien presta servicios a terceros se encuentra en realidad produciendo ese servicio y o comercializándolo.

Respecto del concepto de consumidor Mariño anota el sustentado por la Corte de Casación francesa, quien para determinar si una persona ya sea o jurídica queda excluido como consumidor tiene en cuenta si adquiere los bienes o servicios para utilizarlos en su actividad profesional y además que esa adquisición se concrete en el ámbito de conocimiento que le proporciona su especialización profesional.

Mariño entiende que no es trasladable la posición de la jurisprudencia francesa a nuestro derecho, porque en nuestro ordenamiento existe una definición de consumidor, cosa que carece el derecho positivo francés. Agregando además que a su juicio no resulta conveniente la posición francesa por cuanto produce seguridad jurídica.

Finalmente Mariño precisa que la posición que sostiene un sentido amplio de consumidor, trata corregir los posibles desequilibrios que puedan existir entre empresas, pero entiende que no es este el mecanismo

<sup>21</sup> Wonsiak de Haskel; en ponencia "El concepto de consumidor en la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo" presentada en las IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado, Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro, Montevideo, Uruguay

<sup>22</sup> Mariño López Andrés; "En torno al concepto de consumidor, estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la ley de relaciones de consumo" En ADCU; T. XXXI; FC.U. Montevideo, noviembre 2001; pág. 741 y ss.)

para dicha protección, ya que en la ley de consumo es otra la finalidad, en todo caso lo que debería hacerse para proteger a esos empresarios "débiles" es una ley sobre condiciones generales en la contratación, como existe en Alemania, Austria, España, Portugal e Israel entre otros.

### D) Posición estrictísima (Olivera)

Por su parte el **Profesor Ricardo Olivera García**<sup>23</sup> entiende que la ley uruguaya sigue la línea dada por el derecho comparado y quien resulta protegido es "*al adquirente privado, no profesional, de bienes y servicios que busca obtener una satisfacción personal o familiar con el uso de los mismos.*" Careciendo para éste autor de toda base la distinción entre actividades profesionales de producción o de servicios, para incluir o excluir del régimen tuitivo de la ley, entendiendo que todos los profesionales están excluidos, ya que en todos los casos nos encontramos frente a personas que están especializadas en los contratos necesarios para el desarrollo de su actividad; del mismo modo encuentra insostenible la posición que sustenta que los bienes o servicios deban estar efectivamente incorporados en el producto final ya que la actividad empresarial supone una organización de diferentes factores productivos que deben ser adquiridos por la empresa para la obtención del producto final, algunos de esos factores productivos se encuentran efectivamente en el producto final y otros sólo lo hacen económicamente integrando la estructura organizativa y de costos.

Con referencia a las personas jurídicas, entiende el Prof. Olivera que las únicas que se encuentran amparadas por la ley son aquellas que por sus especiales características se encuentren en una situación similar a las personas físicas y citando Gema Botana García quien analizando la ley española ha entendido que *la norma se refiere a las asociaciones sin finalidad lucrativa (culturales, filantrópicas o religiosas) de escasa entidad patrimonial, respecto de las cuales concurren los mismos requisitos que los que se reúnen para las personas físicas.*" Concluyendo el profesor precitado que la ley de relaciones de consumos no protege a las empresas ya que "*La relación empresarial se encuentra en las antípodas de la relación de consumo.*"

"La empresa constituye una organización profesional de factores productivos destinadas a la producción de profesional de factores productivos destinadas a la producción de bienes y servicios. Su carácter profesional determina que cuente con la información y la experiencia necesarias para adoptar las decisiones que mejor se adapten a sus necesidades económicas y productivas."

"Pretender extender la protección legal a los consumidores finales y privados de bienes y servicios al consumo empresarial, aparte de contravenir la letra y el espíritu de la ley, provoca importantes distorsiones en el mercado. Lejos de mejorar su funcionamiento y competitividad, una interpretación diferente violentaría gravemente el principio de igualdad que debe presidir la contratación entre los profesionales del comercio.

### E) Nuestra posición.

Indudablemente las imperfecciones de la ley admite todas las interpretaciones transcriptas, y quien decidirá cual es la aplicable será "la doctrina más recibida" de que el habla el artículo 16 del Título Preliminar del Código civil, y como es sabido, son doctrinas "más recibidas" las que recoge la jurisprudencia en sus fallos en una forma constante y mayoritaria, ésta aún no se ha conformado en nuestro país entre otras razones, por lo reciente de la ley, su escaso conocimiento, la falta de educación de la población, motivos por los cuales no se han planteado los suficientes casos a nivel judicial.

Sin perjuicio de ello, nos adherimos a la posición amplia del concepto de consumidor, por entender que éste es el no profesional, definiendo a éste último como la persona que pertenece a un área del saber científico, técnico o práctico; que dicha actividad se ejercite en forma habitual; y se preste en forma onerosa.

A nuestro juicio nos parece que la solución correcta por justa sería la sustentada por la Corte de Casación Francesa y en nuestro país por la Esc. Wonsiak, pero admitimos una de las críticas que le efectúa el Dr. Mariño, en nuestra legislación mal o bien se definió el concepto de consumidor, por consiguiente o existe consumo empresarial para todos o no existe.

Algunos de los inconvenientes que anotan tanto Andrés Mariño como Ricardo Olivera, creemos con toda humildad que éstos autores parten de un preconceito de empresa que no siempre es real, más aun, tal vez

<sup>23</sup> Olivera García Ricardo, "El concepto de "consumidor" en la Ley de Relaciones de Consumo" en Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000; pág. 11 y ss.

dicho concepto se adaptaba a otra época en al decir empresa, nos estábamos refiriendo a un gran emprendimiento.

Pero la empresa de hoy definida por normas fiscales como combinación de capital y trabajo, puede ser desde un humilde electricista, chofer, etc., que debió formar a una unipersonal hasta las grandes empresas con organizaciones y estructuras adecuadas.

Ahora bien, ¿se puede decir que una empresa por el solo hecho de ser empresa se encuentra en mejores condiciones que una persona física para negociar? ¿Aquellas empresas unipersonales creadas por ex - trabajadores de ... están realmente en mejores condiciones?

Creemos que lo que hace la diferencia es el poder económico que las mismas pueden ostentar y de esa forma le permitan contratar a otras personas "profesionales" para que lo asesoren en sus adquisiciones.

En efecto, seguramente las aseguradoras tendrán dentro de su personal, la persona indicada para prestarle asistencia en el negocio que realice en un área fuera de su especialización; lo mismo sucederá con un gran estudio de abogados que adquiera computadoras, los abogados de por sí no tienen porque saber nada de informática, (no es parte de la curricula oficial) pero indudablemente podrán dado su nivel económico lograr un asesoramiento para realizar un negocio conveniente. Pero el electricista, que se ha constituido como una empresa unipersonal, que adquiera un software para la computadora que utiliza en su actividad, ¿podremos decir que se encuentra en el mismo nivel que quien le está vendiendo el producto?

Como se dijera al principio creemos que hubiera sido adecuado que existiera un criterio de razonabilidad, como existe en la Corte de Casación Francesa, o propone la Esc. Wonsiak, pero como la ley uruguaya no permite esa posibilidad, nos inclinamos por la posición que cause menos daños a los derechos de las personas que en realidad también ellas están detrás de las empresas, porque de una posición humanista colocamos al ser humano como centro del derecho.

Pero además y respecto a la invocada supuesta inseguridad que se daría en el comercio, se cree que ella no se produciría si todos los proveedores actuaran con buena fe objetiva, ya que lo que la ley sanciona es el abuso, por lo tanto si se actúa correctamente, el abuso no se producirá y ningún contrato correrá el riesgo de ser alterado.

En definitiva, como el ratio de la ley es la protección del débil, como se dice en la justicia penal es mejor dejar un delincuente libre, que procesar un inocente, lo que traducido a éste caso implicaría que se beneficie alguna gran empresa a que se perjudique una pequeña empresa débil.

## XV. LA LLAMADA "DEBILIDAD JURÍDICA" EN LA CONTRATACIÓN

"La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano" adoptada por la Asamblea francesa de 1789, proclamaba los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, afirmando que los hombres "nacen y viven libres e iguales en derechos". Este principio de igualdad de derechos implica que deben tratarse igual a los iguales, y en la contratación puede existir ciertas desigualdades entre las partes negociantes, esto puede ocurrir en forma genérica por circunstancias socio - económico - culturales y en forma particular por su menor poder económico que se trasunta en un menor poder de negociación. En efecto, ya **Josserand** en el año 1947, ya señalaba como uno de los puntos a tener en cuenta por el derecho moderno era la defensa del débil. Por su parte **Pablo VI** en la Encíclica *Populorum Progressio* manifestó: "La enseñanza de León XIII en la *Rerum Novarum* conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato: y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del Derecho natural." **Alterini** sostiene que un componente de la teoría del contrato es la relevancia que se le asigna a la debilidad jurídica que, en servicio del principio jurídico de igualdad, determina soluciones especiales de favor debilis. En ese ámbito se aplica un régimen tuitivo, establecido preferentemente en favor de la parte tenida por débil, a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida. Este aspecto se relaciona con la clasificación de las partes en profesionales o no profesionales, entendiéndose por profesionales aquellas personas que pertenecen a un área del saber científico, técnico o práctico; que dicha actividad se ejercite en forma habitual; y que dicha actividad se preste en forma onerosas, "Corresponde a las leyes particulares el igualar las desigualdades"; "precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla", la libertad "no puede subsistir sin la igualdad"; todo hombre debe quedar perfectamente libre "para que puedan salir sus producciones a competir", "con tal que no viole las leyes de la justicia". Estos conceptos vienen de lejos, pues fueron difundidos - respectivamente - por **MONTESQUIEU**, en 1748, por **ROUSSEAU** en 1762, y por **Adam SMITH** en 1776." En la Argentina esta protección ha llegado a su proyecto de código unificado, el cual como es del conocimiento de todos fue elaborado por eximios juristas de la vecina orilla, en efecto el *art. 327 del Proyecto*

de Código Civil argentino de 1998 prevé: *Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionadas y sin justificación explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza*" Manifiesta Alterini<sup>24</sup> - quien es uno de los miembros redactores de dicho proyecto - *"De tal modo se protege al valetudinario, que no ha tenido ni necesidad, ni experiencia, ni ligereza; se toma en cuenta la realidad de las disminuciones del poder negocial que resultan de situaciones socio económico culturales; se incluyen al temor reverencial y a al abuso de confianza."*

El eximio Profesor argentino, expresa que si bien son útiles ciertas herramientas que se poseen (en la Argentina acotamos nosotros) es necesario una expansión de la lesión y es por ello que en referencia al artículo proyectado y transcrito acota: *"En esta expansión han tenido fuerte influencia los criterios anglonorteamericanos. Se trata de la teoría de la influencia injusta (Undue Influence), que "llena el nicho entre la incapacidad y la intimidación (duress) (Schaber Rohwer), y da lugar a la invalidez del acto. Comprende hipótesis de temor reverencial - que en el Derecho continental, conforme el criterio del art. 1114 del Código Civil francés" (art. 1273 inc. 2 del CCU) "no tiene virtualidad-, pues considera inválido al contrato injusto resultante del ejercicio del poder de persuasión sobre una persona respecto de la cual el persuasor tiene autoridad, o que por la relación de confianza entre ambos hubo de suponer justificadamente que aquel no habría actuado de manera contraria a su bienestar (Restatement of Contracts 2<sup>nd</sup>. , & 177)"*

Asimismo acota Alterini, *"A su vez, en el Uniform Commercial Code (sec. 2.302) y en el Restatement of Contracts 2<sup>nd</sup>. (&208), es contemplada la categoría genérica de contrato injusto o irrazonable (Unconscionable Contract), entendiéndose tal al que no habría sido celebrado entre ningún hombre que hubiera actuado juiciosamente y sin error, y ningún hombre honesto y justo; o, dicho de otro modo, al que "sacude la conciencia" (Shocks the conscience)" del tribunal, según fórmula tradicional plasmada por Lord Eldon en 1804. Tal contrato es reajutable, y "la grosera disparidad entre los valores intercambiados" constituye evidencia importante para su caracterización (Restatement of Contracts 2<sup>nd</sup>. &208, comentarios a y c)"*

A efectos de proteger a la parte débil en la contratación en los diferentes países dictan normas, como las de defensa del consumidor o defensa de la libre competencia, y en los derechos más avanzado esas normas han ingresado a los Códigos Civiles, de esta manera no pueden plantearse dudas sobre el hecho uso de una posición dominante en forma abusiva puede provocar la nulidad o inexistencia del contrato o cláusula vejatoria. Es así que el Código Civil peruano de 1984 regula los contratos "por adhesión" y los sujetos a "cláusulas generales de contratación"; el código paraguayo de 1987 trata los contratos por adhesión con cláusulas leoninas; en tanto el código holandés de 1992 regula pormenorizadamente las condiciones generales de contratación (L.º 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (L.º 6º arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (L.º 6º arts. 194 a 196); por su parte el código de Quebec de 1992 incluye normas referentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (art. 1432, 1437 y 1438) y la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469).

Estas normas restringen la autonomía de la voluntad a efectos de lograr su cometido otorgando ciertos derechos a la parte más débil.

En las normas sobre defensa de los consumidores, estas pueden ser: a) Deber de información. El deber de información es actualmente propio del Derecho común. Pero en el área del Derecho del consumidor esta fuertemente acentuado. b) Consentimiento "en ralenti" (a marcha lenta) es decir una aceptación claudicante durante cierto plazo de reflexión. Se trata de otro mecanismo de defensa del libre albedrío del consumidor, mediante la exigencia de que transcurra cierto plazo de reflexión para que algunos contratos sean formados válidamente. c) Renacimiento del formalismo. d) Pacto de displicencia. Es frecuente también que el consumidor disponga a su favor, y por ministerio de la ley, de un pactum displicentiae, o "cláusula de poderse arrepentir". e) Deberes postcontractuales. Es el caso del deber postcontractual de garantías legales de servicio técnico y reparación.

En sentido opuesto a la persona débil que contrata, tenemos otra que tiene una posición dominante en la contratación, ya sea que este poder derive de la situación económica, de la información o tecnología que posea o de cualquier otra que marque la diferencia, y que en función de esa posición que ocupa haga abuso de la misma, perjudicando a su co - contratante.

#### a. Abuso de posición dominante.

Circunstancias. Tiene poder quien está en situación de imponer la propia voluntad, inclusive venciendo la

<sup>24</sup> Alterini, Atilio Anibal "Tendencia en la contratación moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra; F.C.U. 2001, Montevideo, pág. 19

resistencia que se le oponga. La posición dominante es una posición de poder, que puede resultar del mayor poder económico, de una situación monopólica u oligopólica, o de cualquier otra circunstancia.

*b. Posición dominante contractual.*

Hay dominación cuando una parte ésta en situación de supremacía con relación a la otra, sea en lo económico o en lo jurídico, y la dominación jurídica puede manifestarse en la celebración, en la ejecución o en la extinción del contrato, es frecuente observar una posición dominante del franquiciante. La posición dominante, en sí misma, es incolora, no es ni buena ni mala. Pero el abuso de esa posición dominante, que se refleja en el desequilibrio injusto de la posición relativa de las partes, resulta intolerable.

*c. Posición dominante en la competencia.*

En Europa, el artículo 86 del Tratado de Roma de 1957 se ocupó de la cuestión, en términos que se han afinado por el Tratado de Maastricht de 1992, constitutivo de la Unión Europea. Prohíbe "la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo", y considera prácticas abusivas, en particular: a) Imponer directa o indirectamente los precios; b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva; d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por la otra parte de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. La ley 22.262 de Defensa de la Competencia (Argentina) caracterizó a la posición dominante (art. 2). como la que resulta de la existencia de un único oferente o demandante para determinado producto o servicio, o de que - cuando no es el único - no esté sometido a una competencia sustancial en el mercado nacional; y que varias personas gozan de esa posición dominante cuando "no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros."

En tanto, en Uruguay el art. 14 de la ley 17243 en su acápite expresa: "Prohíbese los acuerdos y las prácticas concertadas entre agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios." Pero nuestra ley **no define lo que es posición dominante**. Esta ley que ha recibido una crítica generalizada de toda la doctrina, tanto que en el IV Congreso de Derecho Civil de Salto - Uruguay, en noviembre del 2000, el Dr. Larrañaga la definió como "una ley que no quiere ser ley" y una de las conclusiones de dicho Congreso fue "...al condicionarse por la Ley N° 17.243 la aplicación de ciertas prohibiciones a aspectos ajenos al tema de la defensa de la competencia se conspira contra la eficacia de esta norma", aunque Gerardo Caffera<sup>25</sup> ha realizado una interesante interpretación de la norma, a efectos de poder rescatar algo de ella. El abuso de la posición dominante generalmente puede percibirse en los contratos por adhesión o los contratos predispuesto, donde se insertan cláusulas leoninas, abusivas o vejatorias.

## XVI. LOS CONTRATOS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO

La economía del mercado - y el sistema capitalista que es su ámbito propio - tienen uno de sus ejes en el contrato, como instrumento adecuado para el intercambio de bienes y servicios titular en caso de que se produzca y, según que el riesgo se impute al ofertante o al demandante de una prestación de una prestación, el precio de ésta será de cuantía diferente. Ese contrato perfecto implica la descripción de todos los riesgos y su imputación, pero conlleva altos costes de transacción (de negociación), especialmente los de información, por lo cual sólo existen contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados. La idea de eficiencia tiene una gran relevancia en los análisis actuales. En materia contractual, el auge de los contratos de empresa obedece al propósito de minimizar los costos de negociación o transacción; frente al error, o provocado por dolo, se estima que obstaculiza el logro de la máxima eficiencia económica, y se concluye que sus consecuencias deben recaer sobre el contratante a quien le hubiera sido menos oneroso evitarlos, criterio que es extensivo al redactor de los contratos de cláusulas predispuestas.

El Derecho satisface la eficiencia al proveer soluciones - independientemente de cualquier acuerdo, por lo cual se ahorran costos de negociación - mediante un cortejo de normas legales: éste existe con cierto detalle

<sup>25</sup> Caffera, Gerardo; "El negocio jurídico y la legislación nacional en defensa de la competencia ("Antitrust")"; en ADCU, TXXXI, FCU Montevideo, 2001; pág. 577 y ss.

en los contratos típicos, y pueden ser construido siguiendo algún en los contratos atípicos. Es decir, el derecho ofrece algunas soluciones, que rigen a menos que las partes convengan lo contrario (normas supletorias), e impone otras (normas imperativas y de orden público).

## XVII. CONTRATOS DE EMPRESAS

En la era industrial y, sobre todo, en la postindustrial, surgieron las necesidades propias de un proceso económico de producción y comercialización nuevo, que ha dado lugar al fenómeno de la contratación en masa, por el cual la finalidad es que el producto sea adquirido por alguien más o menos indeterminado. Atento a ello por lo común el fabricante, o el intermediario, predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican; de notas de pedido preimpresas que el cliente se limita a llenar. Y esa forma de propuesta suele ser aceptada mediante la simple adhesión, esto es, sin posibilidad efectiva de discutir las cláusulas, cuestión que adquiere relevancia cuando se trata de monopolios u oligopolios.

Los contratos con cláusulas predisuestas por el empresario, y las consiguientes plantillas de condiciones generales, son instrumentos adecuados para la economía de masas. Mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes.

## XVIII. CONTRATOS PREDISPUESTOS

Los códigos clásicos tuvieron en consideración la modalidad del contrato *discrecional o paritario*, es decir, el contrato cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo a todas las partes; en términos generales las partes lo celebran en situación de igualdad jurídica, con poder negociación equivalente, se discuten detalladamente sus cláusulas.

El contrato discrecional, celebrado en esas circunstancias de igualdad y que termina con un apretón de manos, poco requiere del Derecho, ni la ley, ni los jueces tienen necesidad de interferir en ese contrato, y lo que es necesario que es que se garantice su fuerza jurídica vinculante (art. 1291 C.C.U) y la ejecución de las obligaciones que creó en caso de que no sean cumplidas. Los límites al albedrío de las partes son puntuales: sólo esta prohibida la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, o con finalidad ilícita o inmoral, es decir, la que transgrede normas de orden público.

En contraposición a este contrato discrecional se encuentra el *contrato predispuerto*, que es aquel en que sus estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes, asimismo se denomina *cláusula predispuerta*, aquella cláusula que se da en el contrato en igual circunstancias, el criterio resulta de la Directiva europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993 (art. 3.2) y ley sobre las relaciones del Consumo ley 17.250 (art. 28).

En esta especie de contratos concierne a una *modalidad de la oferta*, la cual es emitida en ellos con un contenido rígido e inamovible. Dicha modalidad es propia de la denominada política de supermercado, porque sólo da al oferente la alternativa "tómelo o déjelo" (*take it or leave it*). Es decir, no se puede contraofertar, la libertad contractual que limitada a la facultad de contratar o no.

Los contratos predispuertos y las cláusulas predispuertas son de uso corriente en la contratación de masa, pero los mismos se pueden realizar en los contratos individuales (por ejemplo en los de arrendamiento); generalmente este tipo de contratos son redactados mediante formularios que suministra la parte que determina su contenido (predisponente).

Los Principios de UNIDROIT se refieren a las cláusulas standard, y se las define como: "aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte" (art. 2.19 (2)).

El Código Peruano en su artículo 1392 define a las cláusulas generales como: "aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".

Por su parte, se ha manifestado que nos encontramos frente a un *contrato de adhesión* cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. (art. 1390 del Código de Perú), en tanto que el art. 28 de la ley 17.250 inc. 1° lo define como "aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su

contenido. La teoría del contrato celebrado **por adhesión concierne a la aceptación**. No deben ser confundidas la **pre - redacción y la sujeción a condiciones generales** con la celebración por adhesión: en el contrato predisposto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo y esto es subjetivo.

La celebración por adhesión, suele darse en la contratación masiva, pero no está excluida en la contratación singular del oferente con el aceptante del caso.

#### *La aceptación en los contratos por adhesión*

En los contratos por adhesión sólo subsisten la igualdad y la libertad jurídicas, pues la igualdad y la libertad económicas están desequilibradas. Una de las partes establece los términos del contrato, fija todas sus cláusulas, y a la otra sólo le queda la alternativa de aceptar o no aceptar, de adherirse o no a la oferta y, en ocasiones, de rechazarla (como en los casos de mediar un monopolio de jure o de facto en manos de la otra parte)

La libertad contractual del adherente se limita, en su caso, a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar), pero ni siquiera ésta existe cuando se trata de bienes imprescindibles que son ofrecidos en el mercado únicamente mediante contratos por adhesión. La autorregulación (facultad de concertar las cláusulas del contrato) en cambio, desaparece en lo absoluto.

Las normas respecto de estos temas originariamente la encontrábamos en el derecho comparado en las leyes referentes a la protección de los consumidores, pero poco a poco se van incorporando a los Códigos, tal lo que sucede en el Código Civil peruano de 1984, el que regula los contratos "por adhesión" y los sujetos a "cláusulas generales de contratación" (arts. 1390 a 1401) y el Código Civil de Paraguay de 1987 que se ocupa de los contratos por adhesión con cláusulas leoninas (art. 691)

## XIX. DESEQUILIBRIOS NEGOCIALES

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional francesa del 26 de agosto de 1979 predicó que los hombres "nacen y viven libres e iguales en derechos" (art. 1). Expresa Roopo citado por Alterini<sup>26</sup> "Quizás haya igualdad al tiempo del nacimiento y al tiempo de la muerte. Pero la vida de todos no es igual y - en lo que aquí interesa - hay contratantes ricos, pobres, instruidos, ignorantes, de bienes lujosos o de primera necesidad, necesitados de tutela o capaces de tutelarse por sí, etc."

#### **Circunstancias.**

El poder de negociación de las partes suele ser distinto: algunas tienen un gran poder de negociación, otras lo tienen muy menguado, o directamente no lo tienen.

Las desigualdades en el poder de negociación al celebrar un contrato pueden resultar de diferentes circunstancias, y tener efectos diversos:

1. Hay desigualdades negociables que derivan de circunstancias socio - económico - culturales.
2. Los profanos están en situación de inferioridad respecto de los profesionales, quienes tienen "una superioridad considerable en las relaciones contractuales" (GHESTIN)
3. También está en situación de superioridad quien dispone de información apta para influir en el consentimiento de la otra parte.

En los *contratos de empresa las condiciones generales y las cláusulas abusivas* tuvieron su primera expresión en las pólizas de seguros, que fueron usadas por lo menos desde el siglo XIV.

Son en estos contratos de empresas donde suelen aparecer las cláusulas abusivas.

La idea central gira en torno de la noción de *desnaturalización de las obligaciones de las partes*. En cierto sentido los casos de aplicación puntuales contemplados expresamente en distintas normas, como por ejemplo la renuncia a la indemnización de los daños corporales; la renuncia a la indemnización de los daños materiales; la renuncia sin contravalor a la indemnización de los daños materiales; la variación del régimen común de la carga de la prueba; la modificación injustificada del Derecho supletorio - mediante renuncia o limitación a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente - sacan de quicio a las obligaciones correlativas propias del contrato. Permitir al predisponente que pueda dañar sin ser responsable, o que pueda rescindir unilateralmente el contrato, o que pueda demorar la entrega de la cosa cuyo precio ya le fue pagado.

<sup>26</sup> Alterini Atilio Aníbal, CONTRATOS civiles comerciales de consumo, Teoría General, Edit. Abeledo Perrot 1999 Bs. As. pág. 379

Una clave para la calificación de la cláusula como abusiva es la *desnaturalización* de las obligaciones del predisponente.

La idea de *desnaturalización* constituye un *standard* de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación comercial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso. De alguna manera se relaciona con la noción de *causa final* (LORENZETTI) entendida ésta como el propósito común de las partes de alcanzar un resultado económico y jurídico. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos toma en cuenta la existencia, en detrimento del consumidor, de "un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato, aunque el profesional sea de buena fe" (art. 30, inc. 6°).

En las legislaciones se emplea a veces el mecanismo de enunciar tanto listas negras como listas grises: las cláusulas enunciadas en las primeras son inválidas; las enunciadas en las segundas pueden ser invalidadas por el tribunal. La Directiva europea 93/13/CEE sobre condiciones generales trae una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas.

El artículo 3.1 de la Directiva europea 93/13/CEE de la Unión Europea sienta como principio que una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato.

## XX. DERECHO URUGUAYO

En nuestro código civil no se mencionan ni los contratos por adhesión, ni las cláusulas abusivas, tampoco surge expresamente un principio "*favor debilis*", a lo sumo lo que existe en forma explícita el principio "*favor debitoris*" (art. 1304 C.C.U), pero en éstos casos generalmente la parte acreedora es la débil de la relación, consecuencia de ello no puede invocar la norma mencionada.

Aún antes de sancionada la ley de relaciones del consumo, en nuestro país se comenzó a tratar el principio "*favor debilis*", - tema tratado e inclusive incorporado a los códigos europeos, siendo tal vez Alemania quien inició visiblemente esta transformación - por el Escribano Juan Blengio, civilista, profesor de la Universidad de la República, en el último anuario los Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Dr. Santiago Carnelli (catedrático de derecho civil) y Dr. Oscar Sarlo Profesor de la materia de Filosofía del derecho, controvirtieron arduamente la posición del civilista.

Creemos que esta discusión solo ameritaría un trabajo, dado el escaso tiempo que se dispone se dará un pantallazo de las mismas y se aventurará una posición.

Dado la trascendencia de la discusión se realizarán transcripciones largas de estos autores, para tratar de relejar sus posiciones.

### A) Posición del Esc. Blengio<sup>27</sup>

El civilista<sup>28</sup> comenzó esta discusión expresando: "*Dentro del derecho de libertad amparado constitucionalmente se encuentra la libertad de iniciativa, particularmente en el plano económico (arts. 7, 10, 36) dichas normas son el antecedente necesario y suficiente para fundar la autonomía de la voluntad como clásicamente se hace y la cual se ha convertido en un dogma, que resulta apoyado legislativamente 1246, 1291, 779 y ss del C.C o la ley de títulos valores (ley 14.701).*"

*"De las normas referente al contrato puede desprenderse: en primer lugar las diversas manifestaciones del principio de la libertad, es decir decidir si se contrata o no, de elegir el tipo negocial y al cocontratante y de determinar el contenido de la autorregulación; pero debe señalarse que esta potestad de crear normas jurídica a través del acuerdo de voluntades, es admitida dentro de ciertos márgenes que determinan entonces su frontera. Pero es necesario además que ese acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la ley (las que se denomina ordenativas) y en especial a las contenidas en el art. 1261 del C.C. que suministran el modelo legal de validez al cual han de ceñirse quienes decidan recurrir al contrato para reglar normativamente sus relaciones de contenido patrimonial, y, en particular, los intercambios de bienes y servicios.*

*"Entre ellas, tienen especial relevancia las referentes al objeto, a la causa y las denominadas cláusulas generales, como las de orden público, buenas costumbres, buena fe, y abuso de derecho, sobre todo si se admite, como creo que es inevitable hacerlo, que la individualización de su contenido y de su rol, debe hacerse*

<sup>27</sup> Posteriormente a la entrega de la presente tesina el Profesor Esc. Blengio ahondó en su posición, contestando las críticas que le hicieron los Profesores Santiago Carnelli y Oscar Sarlo en una primera entrega de un trabajo publicado en el A. D.C.U t. XXXII, págs. 571 a 588, FCU octubre del 2002

<sup>28</sup> Blengio, Juan, "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir." En ADCUT. XXVII, FCU Montevideo 1997, pág. 395 y ss.

no ya sólo en base a las normas del Código, sino recurriendo a la globalidad del ordenamiento jurídico, y, en primer lugar, a las disposiciones constitucionales."

"El acuerdo de voluntades es uno de los elementos constitutivos (consentimiento), pero no el único. No basta que haya un acuerdo de voluntad entre sujetos capaces, para que exista contrato. Se requiere que éste verse sobre un objeto lícito y suficientemente determinado, que tenga una causa lícita, y que, en determinados casos, la voluntad se exprese a través de una cierta forma."

"Por otra parte, el contrato es, además, y medularmente, una operación económica (la referencia es hecha a los contratos onerosos). ... Se ha puesto asimismo de relieve que el examen de las necesidades concretas que a través de los contratos se procura satisfacer lleva a asumir que la operación económica es un elemento esencial del fenómeno contractual, que induce a una consideración realista de las relaciones contractuales."

"En un sentido similar, en el ámbito del *common law*, a partir de la crítica de las nociones del *contract* fundadas en el *agreement* y la *promise*, se desarrolló la tesis según la cual, el contrato consiste en un  *bargain*, o sea en un negocio por el cual las partes intercambian recíprocas prestaciones económicas.<sup>29</sup>

"El contrato, es pues no sólo acuerdo de voluntades, sino también operación económica. A los dos aspectos, que no deben verse aisladamente, sino como facetas de una única figura, se conectan por el legislador consecuencias normativas específicas. El art. 1291 dice que los contratos obligan no solo a lo que ellos expresan sino además a coas consecuencias normativas de la naturaleza del negocio celebrado, que según la buena fe, sean conformes a la equidad, a los usos o la ley."

"Es decir que en el C.C. el acuerdo de voluntades, si bien es un elemento esencial, no es la única fuente de efectos normativos.

¿Es indispensable que el contrato para ser tal, para ser jurídicamente vinculante necesite además del acuerdo de voluntades, una regulación equilibrada y justa?

Para la doctrina liberal que se desarrolló fundamentalmente en el siglo XIX y a principios del S. XX, la autonomía de la voluntad de las partes, es garantía necesaria y suficiente de la justicia contractual. Ya Kant, identificaba en la voluntad no sólo la fuente de obligaciones jurídicas, sino a la fuente justa por excelencia pues nadie presta su consentimiento para realizar un negocio que no sea satisfactorio y adecuado a sus intereses. Lo cual se corresponde con la frase célebre de Fouillé "Quien dice contractual dice justo"

Estas ideas perduran en, al menos, buena parte de la doctrina moderna - Cafaro y Carnelli pág. 19 eficacia contractual en Uruguay) o Alfaro Aguila - Real quien comentando el C. C. español, expresa que el art. 1300 (1277 CCU) al dejara fuera del campo de vicios del consentimiento a la lesión, demostraría cabalmente que la libertad reconocida por el ordenamiento a los particulares, no es la libertad para alcanzar acuerdos objetivamente justos, sino para lograr acuerdos que a los contratantes les parezcan justos.

Asimismo al considerar la doctrina dominante que la equivalencia que constituye la médula del concepto de onerosidad es sustancialmente subjetiva, viene a ser un ulterior argumento, pues no resulta relevante el objetivo desequilibrio de las prestaciones ya que es suficientes que las partes las consideren como equivalentes.

Apunta también en igual sentido la tesis que postula la plena vigencia del principio de inmutabilidad del vínculo obligacional, que infiere de los arts. 1291 y 1294 del C.C. y de la circunstancia de que el deudor sólo pueda liberarse del vínculo cuando la prestación deviene imposible (art. 1549 C.C.). Tales normas formarían en el sentir de la opinión - hoy dominante en nuestra jurisprudencia - un conjunto monolítico por el cual no pueden filtrarse teorías como la de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superviniente.

<sup>29</sup> "La *law of contracts* se refiere principalmente a *exchanges*, intercambios : son estas las promesas que las cortes reconocen como vinculantes, mientras que con relación a aquellas en las que el promisor no de nada a cambio de la promesa que se le hace, los tribunales se han mostrado reacios a conceder el *enforcement*. La razón tiene sin dudas un estrecho vínculo con la importancia primaria que en el sistema económico tiene el intercambio en el marco de la idea de Adam Smith de que no se puede recibir ayuda de otros confiando en su benevolencia y que la única manera de asegurarla radica en que los otros reciban para sí una ventaja de lo que nosotros le pedimos hacer."

También conviene tener presente que como dice Farnsworth (Contracts) el derecho contractual se limita a las promesas es decir a los intercambios que se refieren a un comportamiento futuro de las partes ("the *law of contracts* is confined to promises"). Por lo cual aquellos actos que implican un intercambio inmediato de cosa por cosa (*bater*) o de cosa por precio (*sale*), se consideran fuera de los confines del contrato, como pone de relieve Servetti (Equality in the Exchange versión Web, julio de 1997)

"Las teorías fundamentales que han pretendido dar cuenta de la fuerza vinculante del contrato, son las de la *consideration* (que hace fundamentalmente hincapié en el contrato como *bargain*), la doctrina de la *reliance* (o del *promissory estoppel*), que se basa en la confianza y la doctrina del *offer and acceptance* (quizás la más próxima a las ideas de nuestra doctrina del derecho civil), que pretende dar cuenta del carácter vinculante de las promesas en las que falta *consideration*, en base al acuerdo de voluntades (por lo que un autor como Atiyah (An Introduction to the law of contracts 4, p. 130 citado por D'Angelo, ob. cit. p. 14) puede afirmar que la mayoría de contratos pueden ser negocios pero no todos los contratos son negocios. Debe tenerse asimismo en cuenta que la doctrina norteamericana ha tenido ulteriores desarrollos, que hacen hincapié en otros factores para identificar la fuerza vinculante de una promesa (a cuya presencia, más que el acuerdo de voluntades, suele referirse la identificación del contrato), como la doctrina de la (*un*) *conscionability* y la tesis de Gordley que funda la fuerza vinculante del contrato en la substantive *fairness* de las prestaciones.

*Tesis que postulan la necesidad de un acuerdo equilibrado y justo.*

En muchos países (ley española, Directiva de la comunidad, ley argentina de defensa del consumidor) se ha producido una profunda legislación especial que ha incidido sobre la determinación de los precios, las condiciones generales del contrato y la defensa del consumidor, mediante una normativa orientada a tutelar al contratante más débil en la relación contractual, protegiéndolo frente a prácticas restrictivas del mercado, falseadas por la presencia de monopolios u oligopolios, los contratos de adhesión, los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas o vejatorias, etc. Tal circunstancia, ha puesto de manifiesto la aspiración de una justicia contractual diferente a la postulada por Fouillé. Se comienza a desconfiar de la autonomía de la voluntad como medio para alcanzarla y se procura el amparo de normas y principios heterónomos, como mecanismos para lograr una justicia emparentada con la idea que tenían de ella los filósofos griegos, Aristóteles, en particular.

Entre los autores para quienes el contrato no obliga sino es justo, debe ubicarse en primera línea a Ghestin, quien haciendo hincapié (entre otras razones): a. en las normas legales o pretorianas sobre la lesión; b. en el art. 1131 del CC francés (1288 CCU) que dispone que "La obligación y por consiguiente el contrato que se funda en una causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno", que interpreta como una afirmación virtual de la necesaria subordinación de la voluntad contractual a la justicia, que apunta asimismo o a la utilidad social del contrato; c. en una particular forma de concebir los vicios del consentimiento; d. en las reglas especiales en materia de contratos de adhesión y de defensa del consumidor, y e. en la existencia de un orden público de protección y de dirección, llega a la conclusión de que "La conformidad del contrato al derecho objetivo, es entonces una conformidad a la justicia del derecho objetivo. En consecuencia, el principio fundamental que debe inspirar la interpretación y la orientación del derecho positivo, es el de la justicia. El mismo debe ser complementado por el principio de la buena fe.

A conclusiones parecidas llegan Marty y Reynayd y Sacco y Nova en Italia conjuntamente con otros Doctrinos, en España se enmarca en esta posición De Castro y Bravo, quien postula que las normas dispositivas, no son meramente supletorias, y por lo tanto descartables ad nutuum, sino que constituyen la expresión de la regulación contractual que la legislación considera normal, adecuada y digna de tutela, las que en tanto tales, gozan de una cierta imperatividad, por lo que no pueden ser desplazadas sin que medie una justificación razonable."

"En Alemania, sobre el eje de la cláusula general de la buena fe y la teoría del abuso de la libertad contractual, se admitido el control y la revisión del contenido de los acuerdos negociables."

"En los Estados Unidos de Norteamérica, una muy reciente tesis de James Gordley, que puede significar por el prestigio del autor y sobre todo por el peso de sus razones, un cambio radical en la concepción de la razón de ser de la vinculatividad del contrato (enforceability), en el derecho y jurisprudencia norteamericanos, postula que la misma radica en la substantive fairness o equality in tue exchange (Dnforcong Promises, Californian Law Review, 1995, N° 82 p. 547 y ss) o sea en la igualdad de los términos del intercambio, que puede entenderse como una suerte de retorno a la concepción aristotélica - tomista de justicia".

Blengio manifiesta que a diferencia de otras ramas del derecho como el Público y el de Familia, en el Derecho Civil, más específicamente en las relativas a los contratos, la doctrina no se ha ocupado del tema, el cual mencionan sólo tangencialmente. En cuestiones relativas a la incidencia del misma en alguna faceta del contrato o de la relación obligacional.

Del mismo modo, el examen de la jurisprudencia que procure identificar los fallos en los cuales el principio de igualdad la jugado un rol directo en la solución de los problemas que tienen como eje la disciplina contractual, ha de constatar que no abundan y que son sin duda escasos los que basan en tal principio constitucional, el fundamento exclusivo de la solución.

Sin embargo a juicio de Blengio, "parece claro que sea como sea, una posición de desigualdad frente al contrato, como derivada de una desigualdad de poder negociador, no deja de ser desigualdad jurídica, que, en la medida en que se traduce en una situación de desequilibrio contractual injustificado, debe tener relevancia, como tienden por otra parte a demostrarlo largamente las leyes de defensa del consumidor, que expresan a nivel de derecho comparado una concepción que hoy puede calificarse de dominante, Y que no es otra cosa que una especificación del principio de igualdad que acota y modela (ajustándolo a la justicia y a la buena fe) el principio de libertad de iniciativa o de autonomía de la voluntad."

"Son tres las razones que conducen a negar la plena aplicabilidad del principio constitucional de igualdad a las relaciones regidas por el derecho contractual:

El **primero**, es el de considerar **inviabile** la aplicación directa e inmediata de las normas de derecho constitucional, (y, en la especie de la que consagra el principio de igualdad) a las relaciones jurídicas privadas, y en particular, a las contractuales.

El **segundo**, es el derivado de la inexistencia de una norma legislativa que lo establezca.

El **tercero** es el de que admitir el principio de igualdad en el contrato y por el contrato, colidiría con el

principio de la autonomía privada, y, en especial, con el poder asignado a los particulares de autorregular sus relaciones de contenido patrimonial vinculante, independientemente del equilibrio objetivo de las prestaciones pactadas."

"El art. 8 de la Constitución se limita a consagrar en forma general y absoluta, sin condicionantes y sin precisar sus modalidades. Como señala Valdes Costa es un concepto de contornos imprecisos, la parquedad de cuya formalidad esta compensada por los arts. 72 y 332 de la Carta magna."

"La doctrina y la jurisprudencia lo han interpretado con racionalidad y amplitud admitiéndose que el mismo tiene una pluralidad de manifestaciones: Igualdad en la ley, por lo cual ésta no debe establecer discriminaciones injustas; Igualdad ante la ley, que determina que la norma deba aplicarse con estricta igualdad a todos los afectados por ella; y Igualdad por la ley, que menta su función correctiva de las desigualdades imperantes."

"La igualdad en la ley y por la ley, en cuanto se refieren al contenido de ésta con el alcance señalado, son expresiones del principio de igualdad, que lo vinculan estrechamente con la justicia conmutativa y la justicia distributiva, en tanto lo perfilan como un instrumento preordenado a evitar que los hombres en iguales circunstancias reciban un tratamiento desigual y a suprimir o atenuar desigualdades que deban ser corregidas."

"Estas modalidades del principio de igualdad, y en especial la última, entroncan con la nueva concepción de los fines del Estado en materia económica y social, acentuada por el obrar de múltiples Organismos Internacionales, como la ONU, el art. 13 de cuya Carta prescribe que se "debe promover el progreso económico y social y elevar el nivel de vida y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que postula en un ser humano libre de temor y miseria".

Blengio, citando el pasaje de Jiménez de Aréchaga que expresa: "La filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades y busque restablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento. Entiende que el mismo pone de relieve un aspecto medular del significado de la noción de igualdad. Esta debe ser entendida en términos aristotélicos, no como una igualdad aritmética sino como una igualdad proporcional. La igualdad, en efecto, requiere igualdad de trato para quienes son (o están en posiciones) iguales. Pero existe una consideración diferenciada para quienes no lo son."

"La igualdad, debe entenderse no sólo como igualdad formal - al estilo del iluminismo francés -, sino como igualdad sustancial. Esta última, como señala Perlingieri, tiene el valor de una expresión cultural producto de largas convergencias ideales que la erigen en un instrumento de eliminación de privilegios injustificados de cualquier clase, jurídicos, económicos o burocráticos de "algunos" con relación a "otros", que impidan a cada uno su libre desarrollo en un ámbito de igualdad dignidad".

"Se entiende que el principio también comprende el derecho de igualdad entre las partes. Si bien no lo dispone expresamente el texto constitucional, la interpretación que predomina en nuestro medio del art. 8, impone esa conclusión. Así lo entiende Valdés Costa, para quien, además, su aplicación al campo de derecho privado, especialmente al del derecho comercial, no ofrece dificultades, estando ínsito en la relación obligacional a la que concibe "no como una relación de poder sino de crédito."

"Esta afirmación encuentra su apoyo decisivo en dos argumentos adicionales:

**El primero** es el postular la aplicación del principio de igualdad a los particulares en el ámbito de la relación contractual, es una consecuencia de la naturaleza de ésta, porque no sólo es una norma jurídica sino además es una norma jurídica asimilada a la ley, de acuerdo al 1291 CC ( a su favor igual asimilación realiza la Corte, y lo empleo conforme el principio iura novit curia

**El segundo**, es que tal aplicación viene impuesta por el art. 332 de la Constitución. (leer se va a las leyes análogas principios generales y doctrina más recibida)"

Entiende Blengio que "éste artículo, que tiene muchos puntos de contacto con el 16 de la CC hace inútil la discusión de la aplicabilidad directa de los textos constitucionales a las relaciones entre particulares, en la medida que estos consagren derechos como el de ser tratado en igual forma a quien está en igual posición que nosotros."

"Por otra parte, no existen obstáculos dogmáticos para admitir la aplicación directa de las normas constitucionales, como las que consagran el principio de igualdad, Si bien es cierto que históricamente, ellas se vinculan a las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, no lo es menos que el sistema de garantías constitucionales (y especialmente en el marco de una interpretación teleológica) entiende dar protección a los individuos no sólo contra el gobierno, sino también frente a otras personas o entes privados." (se apoya en Stahopoulos)

"La conclusión que viene de hacerse, constituye sin dudas, un firme soporte para sostener que el contrato es (debe ser) un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la distributiva." En definitiva, de los que se trata, como enseñaba Aristóteles es de poner en práctica no ya una igualdad aritmética sino substancia o distributiva, que implica tratar de manera igual a quienes están en la misma situación, pero de manera diferente, a quienes están en posición desigual. Tal manera de entender el principio de igualdad y la justicia distributiva, es por otra parte admitida de manera uniforme por doctrina y jurisprudencia."

Blengio si bien admite "que no hay una disposición legal que establezca expresamente el principio de igualdad con la amplitud que viene de señalarse, igualmente conduce a su admisibilidad varias de las llamadas cláusulas generales, como la buena fe, la equidad, y el abuso de derecho, especialmente si se tiene en cuenta que, para identificar su sentido, debe acudir no sólo a las normas y principios de la legislación, sino también a las normas, valores, y principios de rango constitucional. Porque como manifiesta Larenz la Ley Fundamental es "una pauta decisiva, tanto para la legislación ordinaria como también para la jurisprudencia en el ámbito jurídico - privado"

"Por lo tanto, si, como en el caso, de la Carta magana surge como principio y valor la igualdad en el sentido resultante de sus tres manifestaciones referidas (ante, en y por) que apunta a realizar la equidad y racionalidad de las relaciones jurídicas, y en el mismo se ve uno de los pilares de la organización social, la noción de orden público se verá incuestionablemente integrada por él."

"Razonamiento que mutantis nutandis es extensible a buena fe, a la equidad, y a las restantes cláusulas generales"

"En síntesis, la igualdad la igualdad formal y substancial, con su carga de justicia distributiva y conmutativa, incide en el campo de las relaciones particulares, no sólo a través de su aplicación directa, sino también en sede de interpretación, contribuyendo de manera decisiva a individualizar el contenido y el alcance de las cláusulas generales como el orden público, la buena fe, la equidad, la diligencia, y hasta nociones más concretas como la causa extraña. Ha de jugar un rol trascendente en la determinación de institutos fundamentales del Derecho Civil, aunque debe armonizarse con otros como el de la libertad de iniciativa económico - jurídica, de manera de alcanzar un adecuado balance entre el interés individual y el general."

"Ante las objeciones que la autonomía de la voluntad donde tiene mayor vigor y expansión es en el derecho contractual, ya que supone la libertad de los particulares de autorregular normativamente sus intereses, (si van a contratar, con quien, a través de que contrato y además determinar el contenido negocial, y que si una persona en el vínculo contractual admite ser tratada desigualmente, ello no implicaría una afectación al derecho de la igualdad, sostener lo contrario chocaría con el principio de la libertad de iniciativa en materia económica, que tiene rango constitucional y constituye la esencia y el fundamento de la autonomía privada"

Blengio establece las siguientes precisiones: "el planteo tiene el grave defecto de dar por demostrada el principio de la libertad de iniciativa sobre otro el de la igualdad; tampoco se trata de dejar de lado el principio de la libertad o de instituciones que son su expresión; lo que se trata es de armonizar ambos principios."

"Porque la libertad el ejercicio de una parte puede entrar en conflictos con la libertad de la otra parte, disminuyéndola o hasta eliminándola, por lo que esa autonomía privada, y en particular la libertad contractual o autonomía de la voluntad que esta en la base de la institución contractual puede y debe ser sometida a restricciones en función del principio de la libertad."

"Aún dando por bueno el principio *volenti non fit injuria*, sólo sería admisible un tratamiento desigual, si fuere el ejercicio de un real acto de autonomía, lo cual no sucede cuando existe desigualdad de poder de negociador o el sujeto consiente sin tener conciencia del alcance de su consentimiento."

"Y no ocurre cuando no existe posibilidad de optar, porque la autonomía supone la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones. Lo cual explica que el principio de la igualdad juegue un rol más decisivo cuando las alternativas no existen o están muy acotadas."

"Una marcada desigualdad del poder de negociar, es la base del surgimiento de leyes especiales encaminadas a tutelar a los contratantes más débiles, como los consumidores, dichas leyes son especificaciones del principio de igualdad por la ley, es decir actuando en su vis de justicia distributiva."

"La desigualdad es legítima cuando tiende a favorecer a la parte más débil, compensando la diferencia en el poder de negociación."

"Se traduce en resultados injustos el ejercicio de la libertad (autonomía privada) cuando existe una discriminación o un desequilibrio negocial carentes de justificación racional, resultando arbitrarias."

"La esencial identidad entre el criterio de la unconscionability aplicado por las cortes norteamericanas y el que tiene en cuenta la Suprema Corte (aunque referido a otra especie normativa) hace que la doctrina y jurisprudencia del common law en esta materia sean útiles."

"La noción de unconscionability (irracionalidad en una traducción aproximada) a la que recurre el derecho norteamericano para negar carácter vinculante (enforceability) a las cláusulas irracionales, tiene dos facetas substantive (sustantiva) y procedural (de procedimiento)."

"La primera se produce en los casos en que los términos de un contrato son irrazonablemente favorables a una parte, y falta una explicación con sentido para esa situación de desigualdad."

"La segunda, se verifica cuando no existe un consentimiento consciente del alcance de las condiciones contractuales o existe una disparidad de poderes entre las partes. En general se utilizan en forma combinada".

"Se postula (Blengio) que para identificar el ámbito de relevancia de la desigualdad en materia contractual, habrá que concluir que el principio de igualdad de las partes ha sido violado, si una relación contractual se presenta irracionalmente

*favorable a una de ellas, por ser expresión de un desequilibrio arbitrario y sin una justificación adecuada, constituyéndola, naturalmente, la derivada de la existencia de un mayor poder negociador de la parte favorecida."*

"El desbalance no solo cuando del contenido del contrato se traduce una ecuación económica substancialmente desequilibrada, por desigualdad en los términos del intercambio, sino a otros aspectos (exoneración de responsabilidad o la limitación sin explicación razonable."

Blengio entiende "que los desequilibrios negociales arbitrarios que no tienen justificación racional son nulos, sea por que se entienda que no están comprendidos en la autonomía contractual (aplicación directa del principio de igualdad, que acotaría la autonomía de los particulares, limitando su poder normativo negocial) o porque encartan en la situación de contrariedad del orden público, del cual forma parte el principio constitucional violado o en más de un caso se podría invocar la violación de actuar de buena fe y el abuso de la libertad contractual, y a veces usar acumulativamente estas figuras."

"Problema a parte es cuando el desequilibrio es de las prestaciones en juego porque allí se choca con el art. 1277, "por sí sola"

"Narvaja sentó la solución en aras de una concepción liberal según la cual el libre funcionamiento del mercado y la autonomía de la voluntad ejercida a través del contrato como instrumento, son piezas angulares. Y en la especie en que la libertad de una de ellas viene a faltar, por la disparidad de poder negociador (lo cual es particularmente evidente en los casos de mercado controlado por la parte dominante), estaría ausente de presupuesto ideológico de la solución de regla de texto, y llevaría a encartar la especie den el marco de la excepción implícita, pero inequívocamente mentada en el giro "por sí sola"

"No se trataría de enmendar la actuación de un contratante imprudente, sino el resultante de una posición de inferioridad".

Por lo que para Blengio "se podría admitir al igual que lo hace el código italiano la lesión calificada, entendiendo que la tesis "es la que mejor se amolda al texto constitucional pues éste no sólo consagra en general el principio de igualdad, sino que también lo hace en forma más concreta a través de otras normas como la que prohíbe la usura (art. 52). Lo cual implica sin duda una escala de valores que apunta a la igualdad del intercambio, que fue durante varios siglos el elemento medular de la causa de los contratos onerosos, con clara inspiración en la filosofía aristotélica y el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y que es reflatada en la actualidad entre otros por James Gordley, Jaques Ghestin y varios doctrinarios italianos que Sacco califica como de los más sensibles."

"Por lo cual, deberíamos acudir a una antropología más rica que la que heredamos del siglo diecinueve y quizás recurrir, como quiere Gordley, con las precauciones adecuadas, a la tradición aristotélica - tomista y de los juristas de la llamada segunda escolástica, volviendo a un derecho menos materialista y más ético, en el que partiendo de la libertad y la potestad de los particulares de autorregular sus relaciones jurídicas de contenido patrimonial, haya espacio para asegurar un trato igualitario, que combine en una medida adecuada, como quiere Ghestin, lo útil y lo justo"

También antes de que fuera promulgada la ley 17.250, el Esc. Blengio<sup>30</sup> y teniendo en cuenta que el contrato de "adhesión, no agota el universo de las especies en las que puede aparecer en juego una cláusula abusiva. Y tampoco es el consumidor un protagonista cuya presencia sea indispensable para la existencia de tal tipo cláusula. Porque los contratos de adhesión celebrados por proveedores o profesionales con consumidores, donde se da una regulación injustificadamente desequilibrada, puede por ejemplo verificarse en la contratación entre profesionales."

Blengio parte de la base de "será lesiva del principio de igualdad, aquélla cláusula que determine un desequilibrio arbitrario, de la relación contractual, carente de una justificación racional".

"Es claro que no constituye una justificación de este tipo, la que deriva de la existencia de un mayor poder de negociar de la parte favorecida (de regla situable en el marco en el marco del abuso de poder), que nos permite entender el porqué de la existencia del desequilibrio y adjetivación como abusiva de la cláusula que lo genera."

"Debe tenerse presente que la libertad contractual de cada sujeto no debe interferir en el derecho de quien entra en contacto con él, de gozar igualdad libertad negocial, no indiferente para el derecho."

Entiende que: "La figura de abuso de poder dominante, si bien no ha sido contemplada expresamente como tal en nuestro derecho positivo, es sin embargo una consecuencia necesaria del fenómeno descripto. Podría encontrar asimismo fundamentación en la figura del abuso de derecho y en las propias limitaciones que se derivan del derecho a la libertad de iniciativa (arts. 7, 10, y 36 de la Constitución) y la libre competencia. La figura no aparece sólo en juego cuando existe competencia".

<sup>30</sup> Blengio, Juan, "La noción de cláusula abusiva o vejatoria. El desequilibrio arbitrario y la desigualdad de poder de negociar" En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra ; FCU, 2001 Montevideo, pág. 60 y ss.

Este autor propone a efectos de subsanar estos desequilibrios: *"La aplicación indirecta de los principios constitucionales (rectius, coordinada con las normas y principios legales) a las relaciones privadas, a través de figuras como la noción de orden público, la buena fe y la causa."*

Entendiendo que: *"La incidencia de las reglas constitucionales en el ámbito de las relaciones privadas, va más allá de la aplicación directa de aquéllas a éstas, pues influyen en la determinación del sentido y el alcance de las normas de rango inferior que rigen directamente tales relaciones, en función de los principios hermenéuticos y en especial en el de la interpretación sistemática, dado que el ordenamiento jurídico es una unidad. Tal influencia, es sin duda importantes, habida cuenta de la estructuración jerárquica de las fuentes normativas del derecho positivo, especialmente si se tiene en cuenta que la misma involucra los valores en juego. Es por ello que me resulta compartible la afirmación de Larenz, de que la Ley Fundamental es "una pauta decisiva, tanto para la legislación ordinaria como también para la jurisprudencia en el ámbito jurídico - privado."*

*"La buena fe, el orden público, la causa, el abuso de derecho operan como mecanismos de control de la autonomía de la voluntad."*

Razonando que la buena fe *"Es un principio general de derecho, de una extensión y rango no diferentes al *naeminen laedere*, que tiene dos manifestaciones: la buena fe objetiva, es una regla de conducta impregnada de contenido ético, que impone el deber de ajustar la conducta a un estándar jurídico (como es el buen padre de familia con relación a la culpa), que implica actuar con lealtad, corrección y honestidad."*

*"Según la doctrina, con discrepancias, que entre las funciones que cumple la buena fe, se encuentra la correctiva del contenido negocial, la cual plantea la cuestión muy controvertida de las facultades del juez."*

*"Los que admiten su incidencia, admiten que puede intervenir en el contrato, mediante el postulado de la buena fe correctiva"*

*"Esta manera de entender la buena fe ha sido acogida por la doctrina alemana, fue ahí también donde nació y tiene mayor fuerza la teoría que postula la aplicabilidad indirecta de las normas constitucionales."*

*"Existe una importante corriente que tiende a valorizar la incidencia de la buena fe en la contratación, incluso en la doctrina francesa. Los códigos recientes que le asignan a texto expreso a la buena fe un rol preponderante, al de Québec, del año 1993, y el holandés de 1993, (aunque, éste, significativamente utiliza las palabras razón y equidad); en dirección similar, los Principios de Unidroit (art. 1.7). subraya además que es la base de la Lex Mercatoria."*

*"El comportamiento desleal no es, por hipótesis, lícito, por ser violatorio de un deber jurídico (que ordena actuar con corrección)"*

*"La buena fe, por lo tanto, se regiría en un límite a la autonomía privada cuya violación repercutiría en el plano de la (in) eficacia del negocio. Por otra parte, siendo un acto ilícito, determinaría la sanción resarcitoria de los daños que ocasionara esa infracción."*

Blengio define el orden público: *"como el conjunto de principios fundamentales e intereses generales, sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado."*

Alineándose *"con la tesis que postula que el orden público es una expresión configurada por los preceptos constitucionales y con aquellas que lo conciben con una figura con un contenido genérico y elástico, expresión sintética de un conjunto de principios fundamentales e intereses generales - aún cuando no se hayan formulado en normas concretas - sobre las que reposa el ordenamiento jurídico del Estado, inmanentes en el sistema e inferibles el mismo; y cuya función apunta a la protección de los derechos del individuo, operada mediante la prohibición de lesionar los valores fundamentales, esenciales y caracterizados de la sociedad..."*

A juicio de este autor *"Esta manera de concebir el orden público ha de llevar a que, en el plano de las relaciones jurídicas patrimoniales, se considere contrario al mismo contrato, (o a alguna de sus cláusulas) que se dirija contra esos valores, principios e intereses, En cuyo plano, con su principal incidencia sobre las cláusulas abusivas, habrá de jugar un rol relevante el principio de igualdad, con su esencia de justicia atributiva y retributiva, que lo hacen especialmente apto para configurar un especial sector del orden público, el de protección perspectiva que será necesario enfocar la función delimitante de la autonomía de la autonomía privada que el Ordenamiento jurídico le asigna a esta cláusula"*.

Asimismo señala que la causa puede dar excelentes resultados como medio de protección contra las cláusulas abusivas en el derecho común como lo ha hecho la jurisprudencia francesa.

Refiriendo que *"Corte de Casación francesa, ha utilizado la noción de causa como instrumento de contralor de desequilibrios flagrantes, como por ej, en el fallo que se refiere a la conocida cláusula *claim made*, (que condiciona la viabilidad del recurso al seguro, a que la reclamación se efectúe durante la vigencia del contrato, aunque el hecho generador de la indemnización se hubiere producido antes), y lo considera nula por crear en "una ventaja ilícita pues está desprovista de causa y es por consiguiente contraria a las disposiciones del art. 1131 del C. Civil, en beneficio solamente del asegurador, que habría entonces recibidos primas sin contrapartidas; ella debe, por ello, ser considerada como no escrita."*

*"También en nombre de la causa se ha intentado eliminar los abusos que algunos bancos sometían a sus clientes, mediante la utilización en su beneficio y en detrimento de sus clientes de la práctica de la llamada fecha de valor (que*

determina el momento desde el cual comienzan a correr intereses activos y pasivos de una cuenta). La Corte, fundándose en el 1131 del CCF, decidió que las fechas de valor, desde que no están requeridas por un plazo de técnico indispensable para disponer de los fondos, pecan de ausencia de causa. La exigencia de equilibrio contractual condujo a condenar las fechas de valor aplicadas a los depósitos y a los retiros porque, para esas operaciones la obligación del titular de la cuenta de pagar interés "sobre una base de tiempo extendida por referencia a la duración aparente" del crédito "está privada de causa."

"El affaire Chronopost Chronopost, era una empresa especializada en transporte rápido, que hacía hincapié en la rapidez y fiabilidad de sus servicios. En los contratos que celebraba con sus clientes, incluía una cláusula limitativa de responsabilidad por la cual en caso de incumplimiento de su obligación de entregar en el tiempo previsto las cosas que fueran encomendadas, sólo quedaría obligada a reembolsar a la otra parte del precio del transporte".

"En el litigio que se planteó entre Chronopost y la sociedad Blanchereau, por no haber entregado en tiempo un pliego de condiciones, la Corte consideró nula la cláusula limitativa de responsabilidad, fundándose también en el art. 1131, por cuanto resultaba contradictoria con la portada de la obligación asumida."

Concluye Blengio: "El mensaje de la Corte de Casación, resultaba claro: la cláusula limitativa de responsabilidad desnaturalizaba la obligación del expedidor, privándola de causa, y por tal razón "debería reputarse no escrita"

Nuestro doctrino entiende que: "lo que resulta especialmente relevante de los fallos que vienen de referirse, es el rol particularmente dinámico que la Corte le asigna a la causa. Esta no aparece como una garantía desencarnada y abstracta contra los desequilibrios contractuales, sino que, como subraya Mazeaud, ella adquiere una dimensión que conduce a identificarla como el instrumento de control de la utilidad y del interés del contrato en consideración del cual un contratante se vincula."

"Y cuando una cláusula desnaturaliza un contrato, afectando su interés esencial, la Justicia puede, en nombre de la causa reequilibrar el contrato y reescribirlo, prugándolo la cláusula."

Concluyendo que "desde la perspectiva de la buena fe y la del abuso de derecho, identificará un hecho ilícito y su respectiva sanción indemnizatoria."

"Con Mazeaud, se puede afirmar que la protección contra las cláusulas abusivas, encuentra su inspiración en el respecto de una ética contractual, que se traduce por la exigencia de lealtad y la necesidad de un equilibrio mínimo en las relaciones contractuales; y que sin que esto implique confundir el Evangelio con el Código Civil, el contrato debe ser el crisol del interés común de los contratantes y como tal, no puede ser el sitio de un individualismo exacerbado ni el terreno de un altruismo negador de los intereses particulares."

"El contrato en el marco particular del mencionado régimen de las cláusulas abusivas y en el general derivado de la incidencia del principio de igualdad, basado en una ética que conjuga la búsqueda de la satisfacción del interés y del beneficio individual con la lealtad y la solidaridad (virtudes que no son incompatibles con la seguridad y la previsibilidad) tendrá una faz menos egoísta, más solidaria, más justa, y podrá ser un efectivo instrumento de cooperación, determinante de una regulación equilibrada de los intereses en juego."

Luego de la sanción 17.250 de relaciones de consumo, se ha planteado en nuestra doctrina diferentes posiciones respecto de la naturaleza de la misma, como se dijera Caumont y Mariño sostiene que es un "microsistema"; otros han postulado que es una ley excepcional, sostener cualquiera de las posturas antes referidas tiene una igual consecuencia, no es posible realizar una interpretación extensiva de la mencionada ley.

Por su parte Blengio<sup>31</sup> que si se comparte su opinión (la que viene de transcribirse) en cuanto a que las soluciones dadas por la ley serían expresiones más concretas y articuladas de las que ya se encontraban en el Ordenamiento Jurídico, sería posible la extensión analógica de la ley.

El civilista uruguayo compartiendo las opiniones de "Donato Busnelli, entiende que existe un común denominador entre el derecho general y la ley de consumo, el cual sería la buena fe objetiva, ello hace que las disposiciones de la ley no sean excepcionales, sino que se presentarían con la solución general una relación de continuidad, de genus a species, lo que haría admisible la extensión analógica."

Tal posición se encontraría reafirmada, si se entiende que al individualizarse al consumidor dentro de un régimen tuitivo legal, se estaría institucionalizándolo la figura del sujeto débil, ya que para Blengio compartiendo la posición Gatt, entiende que la ley "lleva a no excluir, en línea de principio, la posibilidad de individualizar análogas posiciones de inferioridad, y, consiguientemente, análogas exigencias de tutela, que involucren a sujetos diversos al consumidor."

No le caben dudas al profesor uruguayo "que la ratio de la ley se encuentra en la protección del sujeto débil, el cual y con respecto de la ley serían los consumidores en principio y como paradigma, pero también podrían ser los profesionales, comerciantes o fabricantes, en cuanto a que los consumidores son quienes generalmente se encuentran en

<sup>31</sup> Blengio, Juan E., "Ambito subjetivo de aplicación de ley de relaciones de consumo perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" En ADCU ; T.XXX ; FCU; Montevideo; pág. 463 y ss.

una posición de debilidad frente a su cocontrante, por tener un menor poder de negociar, por el mayor poderío económico, o mayores conocimientos técnicos de éstos últimos."

Agregando: "que lo que torna necesaria una norma tuitiva no es la calidad de consumidor o cualquier otro rol per se, sino la posición de debilidad de un sujeto frente a otro que tiene un mayor poder negocial y que tal condición hace posible que éste último en desde su posición dominante, cometa abusos contra su contraparte".

Compartiendo lo expresado por que sostiene que: "el legislador al establecer los elementos que identifican al consumidor ( persona física o jurídica, que actúa por finalidades no profesionales o empresariales y es el destinatario final de los bienes y servicios que adquiere a título oneroso de otro sujeto que actúa en forma y con finalidad profesional en el marco de acto de consumo), viene a individualizar al sujeto institucionalmente débil en el plano de la relación contractual".

Asimismo se agrega, "que si bien tanto profesionales, empresarios como comerciantes normalmente están en mejores condiciones de negociar un contrato por el que adquieren un bien o servicio, ello no quiere decir que se de en todos los casos, y que no pueda existir una situación de debilidad en la que sea necesaria la tutela, y citando a Alfaro Aguila - Real, anota que en el marco de contratos entre empresarios (por ejemplo leasing y franchising) es donde se emplean con más frecuencia condiciones generales abusivas.

Entiende Blengio que en tales contrataciones debería aplicarse en forma analógica la ley 17.250. Ya que esa solución se ajustaría en forma armónica y justa con la ratio de la ley. Pues que no sería coherente, justo y racional que cuando la debilidad se da dentro de una relación de consumo, sería protegido el sujeto débil y no así cuando los intervinientes en la negociación no fueran consumidores, pero se encontrarán en la misma situación de debilidad.

**El abuso de la posición dominante. Artículo 14 de la ley 17.243.** Respecto de ésta normativa que fue aprobada por la ley de urgencia N° 1, que en principio tendría como finalidad eliminar ciertas conducta que se entienden distorsionantes del régimen de competencia del mercado, Blengio considera en especial a los efectos planteados, la prohibición relativa al "abuso de uno o más agentes económicos", por el cual entre otras cosas se está "penalizando" a las distorsiones originadas en el diferente poder de negociación de los agentes y el abuso de esta situación por la parte dominante

A juicio de este autor: <propósito del legislador es impedir que la posición dominante se ejerza abusivamente tanto contra empresarios débiles, como contra los consumidores, prohibiéndoles a los que detentan, por ejemplo: "aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia" (art.14, C); o restringir "de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o consumidores" (14, B); así como imponer en forma permanente, directa o indirectamente "precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores" (art. 14, letra A)>.

Lo cual hace que la ley tutela el mercado en el sentido vertical y horizontal, lo cual a juicio del autor resulta trascendente a la hora de admitir la extensión analógica de la ley sobre relaciones de consumo, en la cual intervengan sujetos diferentes a los que se perfilan al "acto de consumo", "pero que involucren situaciones equiparables desde la perspectiva del desequilibrio que pueda resultar del abuso de una posición dominante".

Entendiendo que se puede detectar un principio de origen legislativo (de las leyes 17.243 y 17.250) en consonancia con otro de orden constitucional que "se traduce en la necesidad de contemplar tales situaciones satisfaciendo la necesidad de amparo del sujeto débil, hace que sea legítima, como dice Iúdica, y aún necesaria, una interpretación, que, respetando los límites resultantes de la actuación de los correctos cánones hermenéuticos, tienda a ampliar y no a restringir la portada de aplicabilidad de la ley de las relaciones de consumo."

Asimismo este autor entiende que si no se admitiera la extensión analógica de la ley, ello no sería obstáculo para que atento al principio constitucional de igualdad y las llamadas cláusulas generales (buena fe, abuso de derecho, etc.), "eliminar los desequilibrios de una relación negocial no paritaria" "mediante la determinación de la inexistencia o nulidad absoluta de esas regulaciones desproporcionadas e injustificadamente desequilibrada."

## B) Posición de los Doctores Santiago Carnelli y Oscar Sarlo

Contra está posición han reaccionado en forma fortísima los profesores Carnelli y Sarlo<sup>32</sup> quienes entienden que las premisas utilizadas por Blengio son equivocadas y por lo tanto resultan equivocadas sus conclusiones.

<sup>32</sup> Carnelli, Santiago; Sarlo, Oscar : "El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil" En ADCUT XXXI ; FCU, Montevideo; pág. 597 y ss.

A tal conclusión llegan partiendo de que la igualdad esta siempre asociada a la justicia, por lo que aunque la Constitución no hable del *derecho de justicia*, se puede entender que el mismo esta expresado en el principio de igualdad.

Asimismo manifiestan, que se pueden distinguir dos clases de justicia y tomando las palabras de Gustav Radbruch entienden que *"Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma una forma distinta el postulado de la igualdad: la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la mercadería y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con su antigüedad en el servicio y con sus méritos. La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre si; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinados a ella..."*

Estos autores entienden que Blengio supone que los problemas de justicia conmutativa se resuelven en base del art. 8 de la Constitución, artículo que para Carnelli y Sarlo, consagra la justicia conmutativa, porque la expresión: *"...todas las personas son iguales ante la ley..."*, alude a una situación en la que hay pluralidad de sujetos enfrentados a un poder que se les impone; además entienden estos profesores que dicho artículo no consagra ningún criterio sustantivo de igualdad, sino uno formal o procedimental (igualdad de oportunidades).

Carnelli y Sarlo entienden que el principio de igualdad conmutativa se encuentra en el art. 10 de la Constitución y la cual conforme al sistema liberal que sostiene al expresar en dicho artículo *"...las acciones de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados..."* esta reconociendo el ámbito de libertad de los sujetos para arribar a sus acuerdos, esa libertad solamente tendría como límite, el orden público - el cual para éstos autores no es una escala determinada de valores, sino, requisitos formales que aseguran la libre determinación de los acuerdos - y el de no perjudicar a los terceros que sería un complemento natural de lo anterior; a efectos de conservar la convivencia.

Conforme a ello entienden que el contrato es el procedimiento para realizar la igualdad conmutativa, agregando que cuando el legislador entendió que no existía simetría entre los contratantes ha intervenido para controlar el contenido de los acuerdos, ejemplo de ello lo veríamos en las leyes sobre arrendamientos o en la reciente ley sobre relaciones de consumo, aunque es señalado que en las últimas leyes de arrendamiento se está tornando a la autonomía privada.

Estiman estos autores que el Código Civil reglamentó el principio de igualdad conmutativa consagrado para ellos en el art. 10 de la Constitución. Entendiendo que el cuerpo de leyes mencionado *"consagra una igualdad de tipo procedimental, característica del sistema liberal antes mencionado, lo que significa excluir el sistema contrario, por el cual el juez puede llegar a examinar la ecuación económica del contrato para verificar si se cumple con el equilibrio objetivo de las prestaciones. Es decir: en el sistema vigente, el control de la igualdad se verifica únicamente respecto de las condiciones de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del acuerdo, y en cuanto al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa. Los requisitos del Código Civil (art. 1261 - 1560) apuntan exclusivamente a ello."*

*En el art. 1261, la tutela de la norma jurídica, a la cual ha dado vida el contrato y que el art. 1291 en sus inc. 1° asimila a la ley, se justifica en el carácter voluntario de aquel, y para esto requiere que los contratantes tengan madurez, discernimiento intelectual y aptitud lingüística (capacidad), hayan expresado sus voluntades libremente (sin vicios: error, dolo, violencia).*

*"Cuando los sujetos de derecho concluyen el contrato libremente, están obligados por sus términos cualquiera sean éstos, porque el control de su resultado refiere únicamente al objeto lícito y que ambos contratantes se obliguen en el contrato oneroso o solo uno lo haga en el gratuito (causa)."*

Carnelli y Sarlo recogiendo las definiciones de John Rawls, distinguen tres concepciones de la justicia: <a) la **justicia procedimental perfecta**, se caracteriza porque *"...existe un criterio independiente de lo que es una división justa, un criterio definido previa y separadamente del procedimiento que ha de seguirse"*, y además *"...es posible encontrar un procedimiento que produzca seguramente el resultado deseado">; b) <en la **justicia procedimental imperfecta**, existe también un criterio independiente que indica lo que es correcto, pero *"...no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad."* c) finalmente, la **justicia procedimental pura**, es aquella el la cual *"no hay un criterio independiente para el resultado correcto"* pero *"en su lugar, existe un procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento"* Carnelli y Sarlo coincidiendo con Sandel expresan: *"...en tanto un contrato plasma el ideal de autonomía, se aproxima el caso de la justicia procesal pura, en el cual el resultado es justo, sea el que fuere, en virtud del contrato que lo produce. Dentro del ideal de reciprocidad, un contrato en su caso de justicia procesal imperfecta, que de hecho intenta aproximarse a una norma de justicia definida independientemente."**

En función de las distinciones que venimos de transcribir, los profesores citados entienden que en nuestro Código Civil no existe un criterio independiente de justicia (justicia procedimental perfecta o imperfecta) que permita comparar el resultado contractual, resultando el sistema nuestro caracterizado como de justicia procedimental pura.

En función de ello, es que el control de la adecuación contractual esta referido a lo querido por las partes, y que se cumpla lo por ellas acordado, y cuando se analizan la equidad, el uso o la ley es para deducir las consecuencias de lo acordado contractualmente, teniendo el juez sólo posibilidad de verificar la licitud del objeto y de la causa; por lo que en definitiva no existe posibilidad para el juez de verificar si en el contrato existe el vicio de "irracionalidad del desequilibrio."

### C) Nuestra posición.

Manifiesta el profesor argentino Lorenzetti<sup>33</sup> que en los "*derechos primitivos la obligación se confundió con el estado de obligado, con la idea de sometimiento del deudor; el crédito era principalmente un señorío sobre determinados actos de conducta el obligado de un modo similar al derecho real. Podía el acreedor ejercitar la fuerza sobre el deudor y aún su familia, obligándoles a trabajar para él*".

"La suavización de estos rigorismos supuso un cambio epistemológico: progresivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo principios análogos a los del derecho real."

A través de la obra de Pothier, el Código de Luisiana, el de Prusia que disponían el principio "*favor debitoris*" el principio llego al derecho hispánico y el C. Civil uruguayo lo recoge en su art. 1304.

Pero en la sociedad moderna se aprecia que existen ciertos acreedores - débiles (trabajadores) y ciertos deudores - fuertes (empleadores) en relación con el salario; la misma situación se ha dado con los arrendatarios, entre otros.

Entonces aquel principio de *favor debitoris* pasa a ser *favor debilis*, el cambio estriba que la noción de acreedor o deudor tiene relación con la situación del sujeto en la relación bilateral, en cambio cuando se habla de trabajadores, arrendatarios se mira en la posición estructural que tienen en el mercado.

Es decir se mira la posición del individuo en el mercado, admitiendo que éste tiene fallos estructurales, por lo cual es necesaria su corrección.

En este mundo masificado se trata de aplicar *el principio de centralismo de la persona, a través de los derechos fundamentales* pretendiendo que dejen ser simplemente enunciados para que bajen al derecho positivo. Y es así que Lorenzetti expresa: *El grupo de derechos fundamentales actúa como un núcleo alrededor del cual se pretende que gire la persona. No se trata de una mera comprobación fáctica o de una instalación pasiva, sino de un verdadero principio activo.*

Como se recordará los derechos fundamentales se dividen en:

#### a. Primera generación: la libertad negativa

Estos tratan de poner límites a la actividad del Estado en cuanto importa una intromisión en la vida de los individuos, ejemplos de los mismos tenemos a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad. Fueron consagrados a partir de la Declaración de los derechos del hombre y tienen como característica negativa, que son obligaciones de no hacer por parte del Estado en beneficio de la libertad individual. Están inspirados en una lógica garantista y constituyen la declaración jurídica básica del Estado liberal.

#### b. Segunda generación: derechos económicos - sociales.

Dentro de estos derechos que son conocidos como "derechos sociales" tenemos el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud. Y fueron incorporados a través del constitucionalismo social a mediados de siglo. Se caracterizan porque importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado. Esta es la diferencia con los de primera generación, en los que piden que el Estado se abstenga

Estos derechos de segunda generación constituyen la base jurídica del "estado de Bienestar"

#### c. tercera generación: calidad de vida

También denominados "nuevos derechos" surgen como respuesta al problema de la "contaminación de las libertades" Es decir se tiene en cuenta la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados.

<sup>33</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis; "El derecho privado como protección del individuo particular" en Revista de Derecho Privado y Comunitario; 7; Derecho Privado en la reforma constitucional; Rubinzal - Culsoni Editores; pág. 53 y ss.

También dentro de éstos se suelen incluir los que protegen el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, defensa del patrimonio genético de la especie humana.

*d. cuarta generación: derecho a ser diferente.*

Estos derechos si bien son derivados de la libertad, se trata de aplicarla aun campo en que tradicionalmente reino lo público, lo homogéneo y que se consideró vital para el funcionamiento social

e. Finalmente se ha señalado que el *derecho al desarrollo* que es fundamental a nivel internacional y se basa en la igualdad de oportunidades para el desarrollo.

La aplicación efectiva de estos derechos conduce a un nuevo orden económico internacional.

Si bien en su primer momento los derechos fueron dirigidos para las personas, o de clases de personas, luego han surgido entre otros los derecho de los animales, o el *derechos de las personas jurídicas, dentro de lo cuales se señalan: derecho a la marca, a la razón social, a la tutela de la intimidad, integridad moral etc.*

**La aplicación directa de los principios constitucionales al derecho privado.**

El Profesor Pedro Serna<sup>34</sup> señalaba que todo acto de derecho es interpretación y creación de derecho, las normas persiguen un fin, por eso él se pronuncia por la interpretación teleológica, asimismo afirma que cuando se decide utilizar un standard que no se encuentra explícitamente en la Constitución, se tiene que justificar, derivándolo de un principio constitucional, justificación que en caso de los jueces va dirigido al legislador, los demás tribunales y la doctrina.

Cuando existe un cambio (ya sea doctrinal o jurisprudencial) se debe justificar el cambio, por las circunstancias especiales del caso o de la realidad social.

Como se sabe los principios son implícitos, apuntan a un fin y más generales a diferencia de las normas que son explícitas, tienen un fin extrínseco.

Señalaba el Profesor Serna que los artículos 72 y 332 de la Constitución, constituyen una verdadera panacea para la aplicación de los derechos fundamentales.

Nuestra doctrina sigue discutiendo la aplicación directa de los derechos fundamentales, resultando interesante la discusión planteada entre los Doctores Mariano Brito y Miguel Semino, respecto a la aplicación de los derechos económicos y sociales<sup>35</sup>

En función de todo ello es que creemos posible probar la existencia del principio "*favor debilis*" en nuestro ordenamiento jurídico sin perjuicio de lo que disponen las normas de relaciones de consumo.

Asimismo debe tenerse presente conforme lo expresado por el Dr. Rafael Mandressi<sup>36</sup> en cuanto que en los discursos, pueden emplearse como argumentos **las definiciones**, éstas pueden ser explícitas o implícitas, siendo sumamente importantes porque delimitan el objeto y esto es neutro, y además, a veces las mismas funcionan como *doxas*, es decir como una tesis en apariencia irrefutable, porque dado los actores del debate integran un acuerdo básico, ya que en ese contexto es admitida dicha doxa y es por ello que funciona como irrefutable. Pero también debe advertirse que las definiciones *tienen plasticidad, no existe una única definición, son todas revisables, de acuerdo a los nuevos contextos*, por lo que si cae la definición, cae la doxa y en consecuencia el argumento.

Humildemente, nos parece que lo que está en discusión aquí son las "*definiciones sobre buena fe y orden público*" como así también que se entiende por "*contratar libremente*"

Los Doctores Carnelli y Sarlo expresan en su exposición: "*Ni la constitución ni el Código Civil contienen un criterio independiente de justicia o igualdad conmutativa, requisito indispensable para poder implementar la justicia procesal perfecta o imperfecta. Por consiguiente, sólo es viable una concepción de la justicia puramente procesal, con correctivos en caso excepcionales*"

Ello resulta del art. 10 de la Constitución vigente, que al expresar que "...las acciones de las personas que en **ningún modo atacan el orden público** ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados", esta reconociendo que existe un ámbito de libertad de los sujetos para determinar libremente el contenido de sus acuerdos."

*"El límite del orden público dice relación, no con una escala determinada de valores, sino, en cambio, con los requisitos formales que aseguran, precisamente, la libre determinación de esos acuerdos particulares. El otro*

<sup>34</sup> Serna, Pedro, (Profesor de la Universidad de la Coruña de Filosofía de Derecho y Profesor de Derechos Humanos de la Universidad de Montevideo) en Curso: "Aspectos claves en la aplicación del Derecho: interpretación y argumentación jurídica" dictado en la Universidad de Montevideo del 9 de agosto al 6 de setiembre del 2001

<sup>35</sup> A.A.VV. Obra Colectiva "El Poder y su control. Edit. UCADAL 1990; págs. 95 y ss

<sup>36</sup> Mandressi, Rafael; (Dr. Rafael Mandressi, Doctor en Arte, Filosofía y Estética, Universidad de París, VIII) en curso "Retórica Jurídica" dictado en el Centro de Estudios Judiciales del 11 al 15 de marzo del 2002.

*límite (no perjudicar a terceros) es el complemento natural de lo anterior, para preservar un orden de conveniencia.*” (los destacados en negritas son nuestros).

Como se advierte dentro de los argumentos que dan los profesores Carnelli y Sarlo, existen definiciones (orden público, explícita) (libre determinación de esos acuerdos particulares, implícita), las cuales se utilizan como doxa.

Entendemos que hoy por hoy, no existe una doxa en cuanto al concepto de orden público, en efecto como se señala por el Esc. Blengio<sup>37</sup> *“a partir de la década del 30 ha cambiado el enfoque sobre el orden público, comenzando a afirmarse un movimiento que apunta a identificar una función autónoma del orden público. Especialmente en algunos juristas franceses inclinados a ver a la jurisprudencia como fuente secundaria de derecho, que encuentran en la noción elástica y proteiforme del orden público, un mecanismo muy útil para armarla con un poder especialmente dúctil y eficaz”.*

Por su parte Jacques Ghestin<sup>38</sup> expresa: *“L'ordre public est une notion particulièrement fuyante qui en se laisse guère enfermer dans une définition précise. Un auteur a pu relever dans la doctrine et la jurisprudence vingt-deux définitions. Il en propose une vingt-troisième: “L'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la coexistence”*

Agregando: *“C'est finalement la définition donnée par Planiol qui exprime sans doute cette réalité contemporaine de la façon la plus satisfaisante. Une disposition est d'ordre public “toute fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi”*

Es así que a aquella tradicional definición de orden público de que identifican al orden público con el conjunto de normas inderogables de un ordenamiento jurídico, de las que no se distinguía marcadamente, por carecer de relevancia autónoma, más allá de una mayor fuerza imperativa, para muchos autores ha quedado en desuso.

Surgiendo otras como la de los argentinos (Salvat y Llambías) que entienden por orden público el conjunto de principios de índole superior (políticos, económicos, morales, religiosos) a los que una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y la conservación de su organización social. El orden público, en el sentido tradicional, y en lo que interesa al contrato, tiene estas características: a) es de índole moral y está fundado en las buenas costumbres (FARJAT); b) computa “el cambio en razón de sus consecuencias frente a las instituciones”; c) determina la invalidez de los actos contrarios a sus preceptos, por lo cual le corresponde una función “esencialmente negativa” (GHESTIN). Modernamente se ha expandido la idea de *orden público económico*, con estas características: a) atañe a las relaciones económicas; b) toma en cuenta “el cambio de los bienes y servicios considerados en sí mismos”; c) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente, y procura “imponer de manera positiva cierto contenido contractual” (GHESTIN). Dentro del orden público económico se distingue: a) El de dirección, por el cual los poderes públicos se proponen “realizar ciertos objetivos económicos” (WEILL .TERRÉ), a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos a autorizaciones estatales, y “es menester una apreciación previa de la situación concreta por una autoridad competente” (FARJAT), dándose la “aprobación cuando el Estado no se opone al contrato, pero quiere controlarlo” (SANTOS BRIZ); y b) El de protección, que tiende a resguardar “a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato” (GHESTIN). El orden público económico de dirección se diluye, en los sistemas económicos que acentúan la libertad de mercados, porque entonces el Estado minimiza su función regulatoria. Pero aún en ellos, subsiste el orden público de protección, puesto que las “precauciones legislativas” que implica no tienden a afectar al albedrío negocial, sino tan bien a afirmarlo, mediante, “la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada. El orden público económico de dirección tiene un carácter variable (sistemas de protección a la producción interna o desregulatorio del comercio interior y exterior); en cambio, *el orden público económico de protección es permanente*, porque lo que interesa es la justicia conmutativa. *Orden público económico de coordinación*. Se estima adecuado en el “sistema actual en orden público económico de coordinación, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado; ha pasado de moda la función estatal de firme dirección de la economía pero, subsistiendo necesariamente su función de protección de la debilidad jurídica, la coordinación puede resultar el modo más apropiado para llevarla a cabo. El rol de coordinación, se apoya sobre “un piso, un mínimo inderogable que condiciona a la autonomía privada y también a la dirección económica del Estado.” (LORENZETTI). Estos conceptos sobre el orden público, aunque no se compartan prueba la caída de la doxa, ya que no hay un acuerdo en el contexto jurídico y con ello el argumento que esgrimen Carnelli y Sarlo.

<sup>37</sup> Blengio, Juan; En “Las cláusulas abusivas...” Nota 76

<sup>38</sup> Ghestin Jacques; *Traité de Droit Civil, Les obligations, Le Contrat: Formation*; 2 edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1988; pág. 84 yss

Por otra parte *introduciendo los derechos fundamentales (a través de los artículos 72 y 332 de la Constitución) de tercera generación*, en relación de "la contaminación de la libertades" entendemos que puede internalizarse el principio *favor debilis*; o por lo menos debe admitirse que no hay una definición unívoca de que se entiende por "la libre determinación de esos acuerdos particulares"; como se ha visto en el contexto doctrinal y de derecho positivo internacional lo que se entiende por igualdad ha cambiado, por lo que *aunque no se comparta la institucionalización de la figura del sujeto débil, por lo menos se puede afirmar que también a caído esta doxa*.

Por lo que se podría afirmar que sin perjuicio de que en el contrato moderno subsisten sus pilares básicos: el consensualismo, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido y el efecto relativo, actualmente entendemos se le han asignado nuevos alcances, señalaremos como relevantes para el presente trabajo: La autonomía de la voluntad la que ha sido restringida en los derechos modernos por las teorías del abuso de derecho, de la lesión y de la imprevisión, y especialmente en los contratos predispuestos y de los que se ha dado en llamar derecho de consumo donde las restricciones se tornan más fuertes en cuanto se dispone la interpretación en favor del no predisponente, la prohibición de ciertas cláusulas que se consideran abusivas, la atribución a favor de la parte protegida de un tiempo de reflexión, o la facultad del contrato a su solo arbitrio. Por lo tanto la fuerza obligatoria de los contratos establecido en el 1291 del CCU en cuanto a que los contratos obligan como a la ley misma, ha sido acotado (cuando se configuran ciertas circunstancias), ya que el sistema suele proteger a una de las partes llamada débil, quien puede hacerse "dueña del contrato". (Por ejemplo en la ley sobre relaciones de consumo, art. 16, e inc final del art. 31) Los contratos tienen standards éticos, (ya sean civiles o comerciales) los cuales resultan de la regla moral y del principio de la buena fe. Respecto de la moral el Código Civil patrio expresa en su art. 11 de que no puede derogarse por convenio entre los particulares las leyes en que *está interesado el orden público y las buenas costumbres*, por su parte el 1284 en su inc. 2° expresa: "es moralmente imposible el prohibido por las leyes o *contrario a las buenas costumbres o al orden público*", en tanto el 1288 inc. 2° dispone: "la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o *contraria a las buenas costumbres o al orden público*"; también el Código de Comercio tiene referencias a esta regla, es así que se expresa en su artículo 198 inc. 2° "Son ilícitos los contratos que recaen sobre objetos prohibidos por la ley, o cuyo fin fuese *manifiestamente ofensivo de la sana moral o de las buenas costumbres*". Esto implica que *la moral influye en la teoría general del contrato* y consecuencia de ello son las teorías sobre el abuso en el obrar; de los vicios ocultos de la voluntad, la de la simulación, del fraude, el cuasi delito de enriquecimiento sin causa; o las soluciones nuevas que se han dado a los contratos predispuestos y los celebrados por adhesión, en especial los de consumo, la revisión del contrato, en ciertos derechos el recibimiento de la teoría de la imprevisión, etc. Como colorario se podría establecer que la regla moral tiende a la justicia y a la equidad en las relaciones contractuales ya sean comerciales o civiles. *También la buena fe es una pauta de conducta en la vida jurídica (y un principio general de derecho)*. Pudiéndose distinguir: La buena fe subjetiva o buena fe creencia y es la que consiste en la conciencia de estar obrando conforme a Derecho, ej. art. 699 inc. 1° C.C.U, el cual es antecedente para la adquisición de por ejemplo un derecho real, es decir se considera de buena fe al adquirente que tiene la convicción que está recibiendo la cosa de manos de su dueño. *La buena fe objetiva o buena fe - probidad o buena fe - confianza. Implica una regla de conducta de probidad*, que genera en los demás confianza en que será acatada. Es un standards jurídico que se traduce como la entiende por el criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entres las partes, o lo que es lo mismo, como un comportamiento leal y honesto que tiene la gente de bien, es el buen padre de familia del código civil o el buen hombre de negocios del Código de Comercio. En el derecho anglonorteamericano, ese modelo sería el del reasonable man (el hombre razonable) *De tal exigencia en el comportamiento es que surge el impedimento para obrar abusivamente*. El art. 1291 inc. 2 del C.C. y el inc. 2 del C. Co. establecen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, tal comportamiento implica una actuación en sentido negativo, es decir una prohibición a actuar en forma deshonesta (no engañar, no defraudar) como también un deber positivo, colaborando para que se ejecute el negocio, siendo diligente. Además tal buena fe, debe estar presente al momento de celebrarse el negocio, como cuando se interpreta, es decir que esta actitud o comportamiento se exige durante todo el negocio desde su formación hasta su culminación. Tal exigencia de esa buena fe objetiva es imprescindible en el comercio, teniendo presente la informalidad existente los contratos modernos, piénsese en aquellos que se concretan a través de un fax, de un e-mail, telex, por teléfono, o con un "click" del "mouse". Es por todo ello que sostenemos la posibilidad de la admisión en nuestro derecho de el "sujeto débil", pero teniéndose presente que para su aplicabilidad, deberá utilizarse el *principio general constitucional de razonabilidad*, por lo que a nuestro criterio, esta posición no implica que se el juez va a intervenir en lo que el art. 1250 del CCU expresa como lo que entre las partes *"se mira como equivalente"*; es decir la cosa por el precio (en el caso de la compraventa) sino y justamente efectuar *"el control de la igualdad se verifica únicamente respecto de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del acuerdo, y en cuanto*

al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa" como expresan los Profesores Carnelli y Sarlo, pero nosotros agregamos que no existe "igualdad en la formación del acuerdo" cuando existe una parte con una posición dominante de la que abusa y otra que resulta débil.

## XXI. CONCLUSIONES

Entendemos que en las relaciones entre la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, hay un camino de dos vías: la justicia exige que haya seguridad jurídica pero, correlativamente, la seguridad jurídica reclama que exista justicia. Por eso, en ciertos casos se da prevalencia a la justicia, o al bien común, y se debilita la seguridad. El Código Civil holandés de 1992 (L<sup>o</sup> 6, art.2.2) establece que la regla a la cual está sometida una obligación, "en virtud de la ley, de los usos o de un acto jurídico, no se aplica en la medida en que, según las circunstancias, sería inaceptable conforme a los criterios de la razón y de la equidad"; al hacer esa salvvedad, "lo que la regla gana en justicia lo pierde en seguridad".

Por eso se coincide con el profesor ALTERINI<sup>39</sup> en cuanto que: a) "El contrato mantendrá intacta su función de principal fuente de obligaciones: no hay signo alguno de crisis como tal. Pero no con los moldes clásicos, sino con modalidades proteicas apropiadas a una realidad negocial multiforme. b) La autonomía de la voluntad en los megacontratos y en los celebrados por profesionales con particulares. En una visión pragmática, que evalúa a la autonomía de la voluntad no ya como fundamento de la obligatoriedad de lo pactado, sino en la medida en que el albedrío conserva vigencia operativa, es adecuado considerar: 1. Lo convenido sigue teniendo plena eficacia - cuando menos como principio - en la categoría del megacontrato celebrado entre empresas; éste tiene "un gran alcance económico y social", su celebración es "precedida de importantes tratativas", incide "sobre un número considerable de personas" y tiene larga duración y es perpetuamente negociable (MALAURIE.AYNÉS). 2. En los contratos discrecionales o paritarios en general, cuyas partes se encuentran en situación de igualdad jurídica, "rige la plena autonomía privada. En principio, las desigualdades que consiente el desfavorecido son admisibles, "salvo cuando se trata de situaciones extremas", en las cuales les cabe "considerar el consentimiento como contrario a las buenas costumbres" (LARENZ). 3. En cambio, en los contratos celebrados entre profesionales y particulares - en especial los contratos de consumo - continuará el tránsito del contrato al status y sobresaldrá el orden público, en especial el económico de protección o coordinación, poniendo acento especial en la solidaridad. c) La perspectiva de justicia. Lo justo en los contratos entre iguales, constituirá - por lo general - en el sometimiento estricto a los términos del pacto; y en los contratos entre desiguales, en el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. En el primero, la libertad exigirá el reconocimiento de plenitud de efectos para el albedrío; en el segundo, su reafirmación a favor del sindicado como débil jurídico." No se trata de declinación o de crepúsculo del contrato, sino "de transformación y de renovación" (JOSSELAND)" La cuestión tiene que ver con los valores que son privilegiados. En la actualidad, además de la libertad, hay otros valores a los que se les asigna también rango prevalente. Esto, que muchas veces aparece como novedoso o subversivo de los conceptos, ni es original ni es ajeno al liberalismo clásico: según ROUSSEAU, "hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la libertad general", concerniente al "interés común"; y sería "insensato" este argumento: "yo hago contigo un convenio todo en perjuicio tuyo y todo en provecho mío, convenio que cumpliré mientras me plazca y que tu cumplirás mientras me plazca." O como dice con su claridad habitual el Profesor francés Jean Carbonnier<sup>40</sup> "En el Derecho del patrimonio, propiedad, contratos, responsabilidad. La reacción individualista ha sido más precoz y reconoce un origen político distinto (el autoritarismo en materia económica que puede correr paralelo al individualismo en materia familiar y viceversa). Bajo el influjo de factores diversos: desarrollo de la gran industria, progresiva influencia de las masas obreras, crisis económicas y depreciaciones monetarias) el liberalismo económico se ha batido en retirada y se ha considerado que la intervención estatal es deseable y necesaria en orden al logro del bien común. Éste es el motivo de que el interés colectivo haya determinado la multiplicación de las restricciones a la propiedad privada, el desarrollo de la noción de orden público que coarta la autonomía contractual, y la propensión a indemnizar a todo perjudicado, con independencia de que haya o no incurrido en falta aquel a cuyo cargo corre la reparación y siempre que sus medios económicos le permitan hacerlo (teoría del riesgo). En suma, estamos asistiendo a una socialización del Derecho Civil ante la que cabe preguntarse si, más que una deslealtad hacia el espíritu de 1789 e incluso de 1804 no se trata, acaso, de la conclusión lógica del principio de igualdad que, en aquel entonces, se enarbolaba por vez primera." (Los destacados son nuestros)

<sup>39</sup> Alterini, Atilio Aníbal; Contratos... pág. 76

<sup>40</sup> Carbonnier, Jean; Derecho Civil, Tomo I, Volumen I (Doctrina General y Derecho de las Personas); traducción del profesor Manuel Ma. Zorrilla Ruiz ; BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1960, pág. 67

## BIBLIOGRAFIA NACIONAL

- Alterini Atilio Alberto. "Tendencias en la Contratación Moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001
- A.A.V.V. Obra colectiva: El Poder y su Control. Editado por la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 1990
- Blenzio Juan. "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir" En ADCU T. XXVII. FCU Montevideo.
- Blenzio Juan E. "Ámbito subjetivo de aplicación de ley de relaciones desde las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumo y la viabilidad de su extensión analógica" En ADCU T. XXX. FCU Montevideo
- Blenzio E. Juan. "¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual" En ADCU XXXI; FCU Montevideo
- Blenzio Juan. "Las Cláusulas Abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra FCU Montevideo 2001
- Caffera Gerardo. "Negocio Jurídico y Derecho de Defensa de la Competencia" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Mdeo. Mayo 2001
- Caffera Gerardo. Autonomía privada: los cambios y las tensiones del presente" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje Profesor Jorge Gamarra FCU Montevideo 2001
- Caffera Gerardo. "El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (antitrust)" En ADCU T. XXXI; FCU Montevideo.
- Carnelli Santiago-Cafaro Eugenio. Eficacia Contractual; Edit. Abeledo- Perrot 1989 Bs.As.
- Carnelli Santiago; Sarlo Oscar. "El principio de igualdad y la contratación del Código Civil" en ADCU XXXI; FCU Montevideo
- Caumont Arturo-Larrañaga Luis. "Reflexiones técnicas sobre los conceptos de existencia, validez, eficacia, e integración en relación la contratación de consumo" en Rev. Del Colegio de Abogados del Uruguay Tomo XXVII mayo de 1994
- Caumont Arturo. "La protección del consumidor en el ámbito contractual ensayo de fundamentación técnica" en ADCU T. XXVI; FCU; Montevideo
- Caumont Arturo, Mariño Andrés. "Referencias semiótica para el estudio de problemas de hermenéutica contractual. Examen del favor debilis como factor interpretativo. Análisis de su admisibilidad en Derecho uruguayo. En ADCU T. XXVI; FCU; Montevideo.
- Caumont Arturo. Derecho subjetivo del consumidor a una tipología contractual transparente e inequívoca. El negocio jurídico y su Teoría General como garantía del respeto al debido a tal derecho. ADCU T. XXVII; FCU, Montevideo.
- Creimer Israel. "La Protección del Consumidor" en Anuario de Derecho Comercial N° 2, FCU; Montevideo
- Gamarra Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomos: VIII, IX, XII, XVI, XVIII.
- Ghersi Carlos Alberto. "El Contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo y ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001
- Gutiérrez Falla Laureano. "El Derecho Mercantil y el Derecho del Consumidor, El consumidor y la clientela." En Anuario de Derecho Comercial - N° 6. F.C.U Montevideo.
- Holz Eva. Mercado y Derecho FCU. Montevideo 1993
- López Fernández Carlos. "Las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas abusivas con especial referencia a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad" en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra FCU 2001 Montevideo
- Mariño López Andrés. "En Torno al concepto de Consumidor, estudio del ámbito subjetivo de la ley uruguaya de relaciones de consumo" en IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Montevideo, mayo 2001
- Mariño López Andrés. "El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo" en ADCU T. XXXI, Montevideo 2002
- Mariño López Andrés. "El control de Contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumos" En ADCU; T. XXXI Montevideo 2002
- Mautone Carlos. "Contratos de adhesión, cláusulas abusivas. Alcance de los contratos negociados" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio Cafaro mayo 2001 Montevideo.
- Mercant Juan Manuel. "Normas en defensa de la competencia" en Tribuna del Abogado N° 117 junio - julio 2000. Montevideo. Nicolliello Ariel J. "Alcances de la Regla de la norma más favorable en la determinación competente en Derecho Internacional del Trabajo" en Judicatura N° 40. 1999 Montevideo.
- Ordoqui Castilla Gustavo. Derecho del Consumo. Ediciones del Foro 2000. Montevideo
- Olivera García Ricardo. "El Concepto de "consumidor" en la Ley de Relaciones de Consumo" en Tribuna del Abogado N° 119 Octubre - Diciembre 2000. Montevideo.
- Olivera García Ricardo. "Introducción al Derecho de la Competencia" en El nuevo Régimen del Derecho de la Competencia, Universidad de Montevideo. Montevideo. 2001
- Porras Fuica Bernardo. "El Derecho de la competencia y los Acuerdos de Exclusividad" en Rev. Tribuna del Abogado N° 126 enero febrero 2002. Montevideo
- Rippe Siegbert; Bugallo Beatriz; Langone María; Miller John. Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo FCU Montevideo 1996.

Saux Edgardo Ignacio. "Los contratos y la autonomía de la voluntad en el régimen del MERCOSUR" En Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001

Sconfienza Roberto. "Concepto de "consumidor" en el derecho positivo uruguayo (ley 17.250) y su tutela dentro de la Relación de Consumo" (consumidor, usuario, bystander)" En ADCU T. XXX. Montevideo 2002

Szafir, Dora. El Consumidor en el Derecho Comunitario. FCU. Montevideo. 1998

Szafir Dora. Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189 Montevideo FCU 2000

Tellechea Bergman E. "La autonomía de la voluntad en la contratación jusprivatista internacional contemporánea". En Rev. De Derecho Comercial y de la Empresa. Enero - junio 1984. Montevideo.

Wonsiak de Haskel María. "El concepto de consumidor en la ley N° 17.250 que regula las relaciones de consumo" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Montevideo Mayo 2001

## BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

### ARGENTINA

Alterini Atilio Anibal. CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo. Teoría General. Edit. Abeledo- Perrot. 1999

Benedetti Giuseppe. "Soluciones modernos de reparación" en Los daños Ghersi (coordinador) Edit. Hammulabi, 2000 Bs.As.

Contarino Silvia. Contratos Civiles y Comerciales. Ambito Contractual y Teoría General. Edit. Depalma 2000

Dromi-Ekremdjian- Rivera. Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR. Edit. Ciudad Argentina; Bs. As. 1995

Kemelmajer de Carlucci Aida. "Publicidad y Consumidores" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario; N° 5 Consumidores

Lorenzatti Ricardo Luis. "Tratamiento de las Cláusulas Abusivas en la ley de defensa del Consumidor"; en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; N° 5 Consumidores.

Lorenzatti Ricardo Luis. "El Derecho Privado como Protección del individuo particular"; en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; N° 7 Derecho Privado en la Reforma constitucional.

Lorenzatti Ricardo. "Protección Internacional del consumidor. La relación de consumo. Conceptualización dogmática en base al D. del MERCOSUR en libro de ponencias Jornadas Uruguayas - Santefesinas. Santa Fe junio 1997.

Mosset Iturraspe Jorge. "Contratos de colaboración empresaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario; Contratos Modernos N° 3

Mosset Iturraspe Jorge. "Introducción al Derecho del Consumidor" en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; Consumidores N° 5

Rezzonico Juan Carlos. "Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: Panorama y soluciones" en L.L 1983-B Sec. Doctrina.

Rivera Julio Cesar. "Cuestiones Vinculadas a Contratos de Distribución" en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; Contratos Modernos N° 3

Stiglitz Rubén S. "Directivas específicas en interpretación de los contratos por adhesión a condiciones generales" en L.L. 1900-D doctrina.

Stiglitz Rubén S y Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor Depalma Bs. As. 1985.

Stiglitz Gabriel A. Protección Jurídica del Consumidor. 2a. EDE actualizada Depalma 1990. Bs.As.

Stiglitz Rubén y Gabriel. "Cláusulas limitativas de responsabilidad" en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Dr. Alberto Bueres. Edit. Abeledo - Perrot; Bs. As. 1990

Vázquez Ferreyra Roberto A. "La buena fe y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor" en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Dr. Alberto Bueres. Edit. Abeledo - Perrot; Bs. As. 1990.

### ESPAÑA

Botana García, Gemma Alejandra. Los contratos realizados fuera de los Establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores.

José Ma. Bosch. Editor Barcelona 1994 Chuliá Vicent E. y Beltran Alandete T. Aspectos jurídicos de los Contratos Atípicos I. Cuarta edición (revisada) J.M. Bosch Editor. Barcelona 1999.

De Castro y Bravo Federico. Derecho Civil de España; Parte general; T. I; Tercera edición; Editor Instituto de Estudios Políticos; Madrid 1955.

### FRANCIA

Carbonnier Jean. Derecho Civil; Tomo I; Volumen I; Disciplina General y Derecho de las Personas; traducción de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz; Bosch Casa Editorial; Barcelona; 1960.

Ghestin Jaques. Traité de Droit Civil- Les Obligations LE CONTRAT: FORMATION; 2° edic. Librairie générale de droit et jurisprudence, E.J.A. Paris 1988.

### ITALIA

Ferri Luigi. La autonomía privada. Traducción Luis Sancho Mendizabal. Edit. Rev. De Derecho Privado Madrid 1969.

Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción Sentis Melendo Santiago; Tomos I, II, IV Ediciones Jurídicas. Europa - América Bs. As. 1979

## Normas nacionales

Constitución Uruguaya de 1967; actualizada 1997, 3a. edición 1999, al cuidado de Alberto Pérez Pérez. F.C.U. Montevideo. Código Civil anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Camelli. Edit. FCU 9a. edición (1996) Código de Comercio anotado y concordado por Ricardo Olivera García con colaboración de Beatriz Bugallo. Edit. FCU 3a. edición (1998) Ley sobre las relaciones de consumo N° 17.250.

Normas sobre defensa de la competencia arts. 13, 14 y 15 de la ley de urgencia N° 17.243

## Normas extranjeras

Código Civil francés. En Mazeaud. Derecho Civil. Parte 4a. T. 16; traducido por Luis Alcalá - Zamora y Castillo. Edit. Jurídicas Europa - América Bs. As. (1965) Código Civil italiano. En Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial; T.I. traducido por Santiago Sentis Melendo; Edit. Jurídica Europa - América; Bs. As. (1979) Código Civil español. Edición Civitas; Biblioteca de Legislación, 21a. edición, (1998) Madrid - España Código Civil argentino. Editado por Euros Editores (1999) Buenos Aires Argentina. Código Civil peruano. Edición oficial del Ministerio de Justicia de la República del Perú (1984)

Código Civil paraguayo. Ediciones Librería El Foro S.A; Asunción Paraguay Ley Argentina de Defensa del Consumidor N° 24.240/93

Código de defensa del consumidor Ley N° 8078 de 11/09/1990

Ley española "General para la defensa de consumidores o usuarios 1984

Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR.

Proyecto de Código Civil argentino de 1988 en CD (proporcionado por la organización de las XVII Jornadas Nacionales DE DERECHO CIVIL, organizadas por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

-CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS (Viena 1980)-PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) (Roma 1995)- Directiva europea CEE 93/13 del 5- IV-1993. Disertaciones en los cursos:

**"Aspectos claves en la aplicación del Derecho : Interpretación y argumentación jurídica"** dictado en la Universidad de Montevideo por el Dr. Pedro Serna, Profesor de la Universidad de la Coruña de Filosofía del Derecho y Profesor de Derechos Humanos en la Universidad de Montevideo, los días 9 de agosto a 6 de setiembre del 2001.

**"Retórica Jurídica"** dictada en el Centro de Estudios Judiciales por el Dr. Rafael Mandressi Dr. en Arte, Filosofía, y Estética, Universidad de París VII), entre los días 13 a 15 de marzo del 2002.

**"Curso de Actualización en Derecho en Derecho Civil"** organizado por el Centro de Postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y dictado del 2 de octubre al 29 de noviembre del 2001, en Montevideo.