

*El contrato forzoso**

Por Pablo L. Llauro¹

Introducción

Los cambios económicos estructurales de las últimas décadas, que implicaron la aparición de numerosas mega-empresas privadas prestadoras de servicios públicos, no han hecho sino actualizar el debate sobre la naturaleza jurídica de las relaciones con sus clientes.

Del análisis de esa relación jurídica se advierten ciertas características que la diferencian de aquella que existe en la clásica contratación en masa, motivo por el cual cabe preguntarse si ese esquema jurídico tradicional es capaz de abarcar a las contrataciones que realiza la empresa privada prestadora de servicios públicos o si éstas constituyen un fenómeno que, si bien guarda similitudes con aquélla, debe diferenciarse.

A tal efecto será necesario repasar los presupuestos del contrato de adhesión, a fin de analizar si éstos se presentan en las referidas contrataciones. Si ello no es así, cabría entonces distinguir ambos fenómenos tanto en su concepto, en los presupuestos que los originan y en las consecuencias interpretativas que de ellos se derivan.

Sin perjuicio de que los supuestos a los que aquí se hará referencia guardan relación con los servicios públicos que presta una empresa privada, el presente trabajo no constituye un estudio sobre derecho administrativo sino que, contrariamente, el aspecto a analizar se vincula únicamente con la relación contractual entre la empresa y el cliente. Ello no implica desconocer la fuerte incidencia del derecho público en el contrato que, en definitiva, se celebrará entre dos particulares.

En otras palabras, sin perjuicio de que el análisis a realizar es, estrictamente, de derecho privado, debe destacarse que la duplicidad de las relaciones jurídicas del prestador de servicios implica que la relación empresa-cliente se encuentra configurada por elementos determinados en la relación Estado-empresa.

La metodología a seguir coincide con la secuencia lógica que cabe otorgar al tratamiento del tema. De este modo, y luego del planteo general que aquí se hace, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos, los cuales abarcarán las siguientes cuestiones.

El capítulo I, como parte introductoria, tratará las distintas modalidades de la contratación en masa y la influencia del orden público económico sobre ellas, sin

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Abogado (UBA). Master en Derecho Empresario (Universidad Austral). Post-master en Derecho Empresario (Universidad Austral). Posgrado en Derecho de las Telecomunicaciones (Pontificia Universidad Católica Argentina). Certificación Internacional en Ética y Compliance, IFCA (International Federation of Compliance Associations) y la AAEC (Asociación Argentina de Ética y Compliance) (UCEMA).

perjuicio de lo que se señala bajo el título *cuestión terminológica* que, más allá de lo que puede sugerir, guarda estricta relación con los conceptos dominantes de este trabajo.

En el capítulo II se ubicará conceptualmente al contrato forzoso, se desarrollará el estudio de las restricciones a la autonomía de la voluntad y sus relaciones con otras categorías.

En el capítulo III haremos la apuntada distinción entre la clásica contratación en masa y las contrataciones que realiza la empresa privada prestadora de servicios públicos, para lo cual se analizarán en detalle los presupuestos que originan al conocido contrato de adhesión y su inexistencia en nuestro contrato.

En el capítulo IV se tratará la cuestión relacionada con el *iter* negocial previo, el rol de la voluntad y, como consecuencia de las distinciones efectuadas, las pautas interpretativas que deben otorgarse a las contrataciones que aquí se analizan.

Finalmente, en la última parte del trabajo, se pondrán de resalto las conclusiones más significativas.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONTRATACIÓN EN MASA Y EL CONTRATO FORZOSO

1. Consideraciones previas

El liberalismo político y económico encontró su reflejo en las relaciones jurídicas a través del principio de la autonomía de la voluntad, en el que la libertad contractual constituyó su expresión más característica.

El amplio espectro de los servicios públicos ha sido afectado por lo que comúnmente se denomina *socialización del derecho*, la cual ha impregnado con su sello indeleble los presupuestos básicos de la contratación que tenían lugar bajo la plena vigencia del principio de la autonomía privada, si es que ésta existió alguna vez en una forma químicamente pura².

En efecto, contrariamente a lo que podría suponerse, las circunstancias que han alentado durante las últimas décadas el desarrollo de los principios anti individualistas³ pueden encontrarse en una amplia gama de contrataciones, en mayor o menor grado, desde tiempos remotos.

² En rigor, así como en el plano económico la vigencia irrestricta del principio del *laissez faire* no existió nunca, ni fue propugnada en forma absoluta por Adam Smith, como erróneamente suele creerse, tampoco la autonomía de la voluntad en la esfera contractual careció en algún momento de cierto tipo de cortapisas. Los propios códigos civiles decimonónicos, que siguieron la impronta individualista del *Code Napoleon*, contienen algunas disposiciones limitativas de la regla *pacta sunt servanda*, generalmente asociadas al respeto de la moral y las buenas costumbres. El Código Civil argentino, que comenzó a regir en 1871, fulmina con la nulidad a los actos jurídicos cuyo objeto sea contrario a las buenas costumbres (art. 953), también reflejado en el Código Civil y Comercial.

³ Vallespinos señala que tanto por las circunstancias de hecho que significaron las dos guerras mundiales, como por el auge de la socialización del Derecho, se permitió el crecimiento del

El mundo occidental ha observado con asombro como, sobre todo a partir de la revolución que en todos los órdenes se desatara por el desarrollo de la producción en masa, la noción clásica de contrato ha perdido en medida significativa una de sus notas características: la voluntad de los contratantes ha sufrido la influencia del incremento de poder en manos de grandes productores o industriales, que a veces llevan, al mismo tiempo, actividades monopólicas.

A tal incremento de poder se sumaron también el derivado de las reglas de la economía de escala, el de los grupos u organizaciones intermedias, y el del Estado que, ya en tutela de la parte débil, ya en protección o promoción de intereses generales, se introduce, con prescindencia de la voluntad de los cocontratantes, en la mecánica contractual, imponiendo formas, condiciones o efectos predeterminados.

Esta situación se ve agravada por los convenios intersectoriales e internacionales que operan también con prescindencia de las voluntades de los particulares.

Es evidente que los moldes clásicos del contrato se han, cuando menos, resentido: las partes no actúan con la antigua libertad contractual y los efectos y condiciones de sus acuerdos se ven modificados o sustituidos por voluntades de terceros, entre los que se destaca el Estado.

Es el caso también de los servicios públicos. En Argentina, así han sido declarados el transporte y la distribución de gas y de electricidad, el transporte ferroviario, la provisión de agua potable y la operación del sistema de desagües cloacales mientras que no asumen ese carácter las actividades de generación de electricidad y de gas, las que configuran meras actividades de interés público.

En cuanto al servicio telefónico, cuadra apuntar que, a la declaración legislativa de la ley 19.798 –que lo considera servicio público–, se añade la circunstancia de que el pliego que sirvió de base para la licitación y el contrato de transferencia hacen referencia al servicio público que deben prestar los licenciatarios, aparte de que su régimen jurídico, contiene, en aspectos sustanciales, principios propios del régimen jurídico que rige los servicios públicos (v.gr., en materia de obligatoriedad e igualdad tarifaria) al menos mientras subsista la exclusividad de las licencias⁴.

En este orden de ideas, Broseta Pont señala que si el contrato mercantil es el medio jurídico por el que las empresas realizan su actividad económica, bien con otras empresas, bien con el sector de los consumidores, es lógico que la fisonomía tradicional o clásica de los contratos mercantiles haya sufrido las consecuencias del intervencionismo estatal en la economía.

Este intervencionismo ha generado la crisis total o parcial del dogma de la autonomía de la voluntad de las partes, crisis que se ha manifestado de diversas maneras: mediante la aparición de los contratos forzosos o impuestos para quienes se

intervencionismo estatal y por ende la constitución de un dirigismo contractual acorde a las nuevas circunstancias socio-económicas del mundo. Asimismo, agrega que la postura intervencionista del Estado estaba en plena consonancia con los postulados de socialización del Derecho que nacieron a fines del siglo XIX y que han cobrado pleno desarrollo en nuestros días al procurar una mayor protección del individuo en su relación de sociedad (Vallespinos, Carlos G., *La libertad en la contratación contemporánea*, LL, 1984-A-886).

⁴ Cassagne, Juan C., *Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual*, LL, 1994-D-948, punto I.

encuentran en situaciones determinadas, mediante la aparición de los contratos normados o de tarifa, en los que el contenido contractual o el precio vienen impuestos por los poderes públicos y, finalmente, prohibiendo el establecimiento de cláusulas lesivas para la parte económicamente más débil⁵.

2. Las modalidades de la contratación en masa

El denominador común de las diversas modalidades de contratación en masa, se encuentra constituido por la predisposición que realiza el empresario del contenido del contrato. Tal predisposición adquiere formas distintas, de acuerdo a las particularidades del negocio jurídico subyacente y de las características de la organización empresaria del predisponente.

Sin pretender hacer aquí una enumeración exhaustiva, se señalarán los caracteres sobresalientes de las modalidades a las que se recurre con mayor frecuencia:

a) *El contrato tipo*. El contrato tipo se caracteriza por ser un modo uniforme de una determinada serie de contratos, que se someten a un modelo preconcebido.

Es de resaltar que nuestros tribunales han establecido la validez y legitimidad de contratos tipo en donde el consentimiento de las partes se manifiesta en la forma determinada por el art. 1144 del antiguo Código Civil, actual art. 971 del Código Civil y Comercial⁶; salvo, como es de suponer, cuando median circunstancias demostrativas de la existencia de vicios del consentimiento, situaciones contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres o que signifiquen el ejercicio abusivo de un derecho⁷.

Estos contratos son nada más que modalidades particulares surgidas con motivo de fenómenos económicos de la empresa, que ha puesto en la necesidad al empresario de racionalizar, estandarizando la contratación originada por el comercio de masas⁸.

b) *El contrato formulario*. Si bien el contrato formulario presupone la existencia de uniformidad en las cláusulas que regirán para un determinado universo de clientes, su preimpresión por parte del empresario, sumada a la multiplicidad de las relaciones jurídicas que se entablen a partir de él, conduce a la necesidad de distinguirlo conceptualmente del contrato tipo o, al menos, diferenciarlo de éste como una de sus especies.

⁵ Broseta Pont, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 323.

⁶ Art. 1144 del antiguo Código Civil: "El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra". Este artículo encuentra su paralelismo con el art. 971 del Código Civil y Comercial: "Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo".

⁷ CNCiv, Sala D, LL, 1978-A-121.

⁸ Fernández, Raymundo L. - Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, t. III-A, Bs. As., Depalma, 1988, p. 58.

La distinción entre ambos puede advertirse al considerar que no todo contrato tipo será, al mismo tiempo, un contrato formulario, en virtud de que aquél no sólo puede ser estructurado por escrito sino también en forma verbal.

c) *El contrato con cláusulas predispuestas.* Se ha definido a los contratos con cláusulas predispuestas como aquellos en los cuales, algunas cláusulas o el entero esquema contractual son predeterminados o anticipados por una de las partes del mismo, en forma unilateral, con la finalidad de que, mediante la eliminación de la fase precontractual de las tratativas y la configuración total o parcial de un esquema constante, rígido e inmodificable, se obligue a la otra parte a una rápida aceptación o rechazo⁹.

El desarrollo de este concepto será realizado en el capítulo III, donde se analizarán sus presupuestos y características primarias, los cuales guardan importantes semejanzas con el contrato de adhesión.

Como dijimos, el denominador común de las diversas modalidades de contratación en masa es la predisposición del contenido del contrato por parte del empresario. Sin embargo, este fenómeno no es novedoso. En efecto, no se discute que en el último siglo tal situación pueda haber aumentado sensiblemente, pero en todo caso se trata de la mera aceleración de un fenómeno constante.

En este sentido, no podemos imaginar a un gran comerciante sumerio, persa, griego, romano o florentino, discutiendo de igual a igual convenciones y cláusulas contractuales con un pequeño productor, parte de un eslabón de proveedores de su empresa, y tampoco a una *societas maris* o a una de las grandes Compañías de Indias, conviniendo distintas previsiones contractuales con cada uno de sus pasajeros o clientes¹⁰.

3. El orden público económico

La noción de orden público –que es referible a ámbitos tan disímiles como el penal, el administrativo, el internacional, el económico y el derecho privado– ha sido señalada por la doctrina como de difícil y problemática configuración y en no pocos

⁹ Moglia Claps, Guillermo A., *Los contratos con cláusulas predispuestas. Criterios a seguir para su impostergerable legislación*, LL, 1994-C-1072, quien toma el aspecto vinculado a “la finalidad” de Francesco Messineo en “Il contratto in genere”, t. I, Milano, Giuffrè, 1973, p. 418. Una definición más compleja es proporcionada, a su vez, por Rezzónico: “Condición negocial general o condiciones negociales generales es la estipulación, cláusula o conjunto de ellas, reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación” (Rezzónico, Juan C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Bs. As., Astrea, 1987, p. 109). Debe aclararse, sin embargo, que este autor considera, al poner de resalto las dificultades en la caracterización del contrato de adhesión, que este último constituye una categoría distinta a lo que él denomina “condiciones negociales generales (CNG)”.

¹⁰ Fargosi, Alejandro E., *El principio de la autonomía de la voluntad y el contrato*, inédito.

casos se ha tildado a las concepciones existentes como poseídas de vaguedad e imprecisión¹¹.

El orden público económico, así como el penal, el societario, etc., no es sino la aplicación a un ámbito concreto de un concepto general más amplio, siendo éste –el orden público–, según Llambías, un conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida¹².

En particular, el orden público económico es el conjunto de normas de obediencia obligatoria, relativas a la organización económica del Estado, y que deben observar las personas privadas en su actividad económica¹³.

El sistema del Código Civil de 1871 otorgaba a las partes márgenes de auto-decisión, autorregulación y auto obligación casi absolutos, como consecuencia del liberalismo político, económico y jurídico imperante en la época de su sanción.

Tales márgenes se encuentran actualmente recortados, en algunos casos hasta el extremo, en virtud de la adaptación del Derecho a las transformaciones económicas del último siglo.

Ello porque existe una íntima relación entre el ámbito de lo jurídico y de lo económico, de modo que al lado de la ley jurídica será siempre necesario considerar la ley económica, y al lado del orden público jurídico, el orden público económico. Frente a un orden público jurídico, basado en los postulados de la libertad e igualdad jurídicas, nos enfrentamos con un orden público económico que tiende a impedir el desequilibrio económico-social, conduciéndolo, en cambio, hacia una posición en que se desenvuelva como instrumento de colaboración social¹⁴.

A los efectos de evitar tal desequilibrio, el legislador ejerce *ex ante*, y el juez *ex post*, un poder moderador en las relaciones de derecho privado con el objeto de restablecer el equilibrio entre los contratantes y, consecuentemente, en la ecuación económico-jurídica del contrato.

Es hoy un lugar común afirmar la presencia creciente del Estado regulando, planeando y hasta interviniendo directamente en la actividad mercantil¹⁵, por lo que

¹¹ Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Bs. As., Depalma, 1981, p. 29.

¹² Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 15ª ed., 1993, p. 158. En términos similares, Salvat, Raymundo, en *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Bs. As., 1964, p. 245, dice que “la noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida”.

¹³ Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 38.

¹⁴ Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 31.

¹⁵ Etcheverry, Raúl A., *Derecho comercial y económico. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1987, p. 211. Por su parte, Zavala Rodríguez destaca que una de las características de la contratación actual es la tendencia a la intervención del Estado, como consecuencia de su participación en la economía, pretendida por unos y atacada por otros, no siempre en un nivel de imparcial reflexión (Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio comentado*, t. III, Bs. As., Depalma, 1980, p. 402). Según Vallespinos, *La libertad en la contratación contemporánea*, punto II, la intervención del Estado debe tener dos principales objetivos: primero, alentar la libre competencia para un normal desarrollo de la economía de mercado y en segundo lugar, defender la libertad de consumo pues sólo a través de ambas

con mayor razón aún regulará todos los aspectos, incluso aquellos secundarios, que hagan a la relación empresa privada-cliente cuando delegue en aquélla la prestación de un servicio público.

El ámbito de la relación contractual empresa-cliente se encuentra invadido por el legislador¹⁶, o por la autoridad de control, quien, en tutela de ciertos intereses sociales, se convierte en el sujeto activo de ese diktat que, fuera de los casos que aquí se analizan, personifica el empresario que contrata en masa.

La regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente –en su dimensión normativa– como una típica emanación del denominado “poder de policía”. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos con los intereses de la comunidad¹⁷.

En esta relación empresa-cliente, las restricciones a la autonomía de la voluntad y la concepción del contrato como una estructura jurídica predispuesta por el Estado tienen su origen en normas que hacen al orden público económico, es decir, aquellas que no pueden ser dejadas de lado por las partes y que, a su vez, guardan relación con la actividad económica de, al menos, una de ellas.

La conducta obligatoria y el contenido económico de las relaciones tuteladas por el legislador constituyen, de este modo, las características sobresalientes de las normas de orden público económico, que se expresan en forma de prescripciones destinadas a aplicarse entre particulares e, incluso, entre particulares y el Estado¹⁸.

protecciones se conseguirá la libertad económica y por consecuencia la libertad de contratación de los individuos.

¹⁶ Al hablar de la intervención estatal, Ernesto Polotto destaca que se trata de un perfil más de la polivalente expresión jurídica “control”, y quizá una de las claves del sistema. El Estado impone sus reglas imperativas, leyes, reglamentos y resoluciones del poder de policía; asimismo, el órgano jurisdiccional, por medio de su función interpretadora, administra justicia en el caso concreto. En el primer aspecto, el fenómeno más destacado es el dictado e imposición de las condiciones generales por la autoridad pública investida con poder normativo; lo que importa predicar que adquieren el carácter de normas de observancia necesaria para quienes decidan contratar. En cuanto al segundo aspecto, la jurisprudencia se ha esforzado por atribuir consecuencias equitativas a los contratos, por la vía de una saludable actualización de los principios rectores en materia interpretativa contractual (Polotto, Ernesto R. B., *Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación*, RDCO, 1982, p. 254).

¹⁷ Cassagne, *Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual*, punto I.

¹⁸ El proceso de privatizaciones de las empresas prestatarias de servicios públicos ha sido acompañado del dictado de una serie de normas reguladoras, en el orden nacional, de la respectiva actividad, las que tienen unas veces su fuente en una ley formal y material y, en otras, en reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo. El conjunto de las normas aplicables a un determinado sector ha recibido el *nomen juris* de marco regulatorio, aunque, en rigor, se trata de algo más que de fijar los principios o bases que deben guiar la regulación, pues el contenido de cada marco regulatorio constituye un sistema completo e integrado, dejando sólo los detalles o pormenores para las reglamentaciones que dicten los distintos órganos de aplicación, mediante el ejercicio de las facultades que les han sido delegadas (Cassagne, *Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual*, punto II).

4. Cuestión terminológica

El fenómeno jurídico de los contratos forzosos se enfrenta, en su propia denominación, con el presupuesto esencial del acuerdo de voluntades, esto es, el consentimiento. También se lo ha calificado, ante su innegable existencia, como *necesario*, *impuesto*, *dictado*, *coactivo*, *forzado*, *imperativo* u *obligatorio*.

Es ésta una materia en la que reina la más grande anarquía terminológica. Por nuestra parte, nos abstendremos de contribuir a la confusión proponiendo nuevas notaciones. Elegiremos una —que para no ser originales no nos satisface enteramente— de acuerdo a un criterio eminentemente práctico, pero aclararemos desde el principio cuál es el sentido y alcance de la expresión.

Si bien el calificativo forzoso importa una cierta carga de violencia, todas las denominaciones coinciden en demostrar la inexistencia del deseo del sujeto en celebrar el contrato. Aquí, y en virtud de este denominador común, lo llamaremos, indistintamente, como contrato *forzoso*¹⁹ o *necesario*²⁰.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, RELACIONES

1. Concepto

En la actualidad, y como consecuencia de una intrincada gama de relaciones jurídicas en las que el Estado ha adoptado un papel preponderante para tutelar ciertos intereses sociales, ha tenido lugar el surgimiento del llamado *contrato forzoso* o

¹⁹ Nos hacemos cargo de que la expresión encierra una *contradictio in terminis*, si consideramos que cualquier definición de contrato destaca como elemento esencial el libre consentimiento prestado por las partes.

En este sentido, Messineo, al referirse al fundamento de la obligatoriedad del contrato, destaca que el contrato es siempre el resultado de una libre determinación de las partes (libertad de contratar) y que sería contradictorio con el concepto del contrato la coacción sobre las partes (o sobre una de ellas) para hacer que estipulen (Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, tr. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Bs. As., Ejea, 1986, p. 51).

²⁰ Masnatta se inclina por esta denominación, indicando que “la segunda acepción del Diccionario de la Lengua expresa: ‘Dícese de lo que se hace y ejecuta obligado de otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo’ y también de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza” (Masnatta, Héctor, *El contrato necesario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, p. 31).

*necesario*²¹ en el que, por cuestiones que hacen a la tutela de ciertos intereses, el hombre se ve, de alguna forma, constreñido a contratar²².

La relación de obligación creada por disposición estatal con carácter constitutivo en materia de derecho privado y sin intervención de las partes, es un síntoma de la crisis continua en la que, con breves interrupciones, se encuentra sumida la vida social y económica desde la terminación de la Primera Guerra Mundial²³.

La noción de *crisis del contrato*²⁴, que no es otra cosa que las restricciones en las libertades comprendidas en la autonomía de la voluntad, puede ser advertida tan pronto como se analicen las imposiciones a las que se ven sujetos tanto el prestador de servicios como aquel que los solicita.

En una primera aproximación parecería existir un desplazamiento de la autonomía privada en beneficio de la contraparte. En este sentido Santos Briz señala que el problema radica en establecer si la obligación de contratar es compatible con la esencia jurídico-privada del contrato²⁵.

Al respecto, parecería que no existe tal desplazamiento de la autonomía privada sino que, en rigor de verdad, ésta sí ha existido al momento de otorgarse la concesión, adjudicación o mera autorización al sujeto ahora obligado *ex lege*.

El deber de contratar en ciertos supuestos es reconocido por la doctrina nacional y extranjera. Sin embargo, el encuadramiento de la relación así constituida dentro del concepto de *contrato* es lo que ha motivado, para algunos, los mayores reparos.

En efecto, la realidad insoslayable de la obligación de contratar no ha conmovido a aquella postura que coincide en negar a dicha relación jurídica su carácter contractual. Es quizás por este motivo que se ha calificado a tal relación como *paracontractual*.

²¹ El primer estudio especializado sobre la obligación jurídica de contratar pertenece a Hans Nipperdey quien, en 1920, lo publica bajo el título de “*Kontrahierungszwang und diktierten Vertrag*”. En 1944 Paul Durand escribe “La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel” en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, p. 73. Una posición crítica es demostrada en 1956 por Jaime Santos Briz en “Los llamados contratos forzosos”, Madrid, *Anuario de Derecho Civil*, 1956, p. 85 a 118. Karl Larenz, en su “Derecho de obligaciones”, t. I, p. 63, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1958 trata específicamente la cuestión. En 1960 Antonio Hernández Gil también lo hace en *Derecho de obligaciones*. En 1975 el profesor chileno Jorge López Santa María publica *El contrato forzoso o impuesto*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, t. 59, p. 491, 1975. En cuanto a la doctrina nacional, es sumamente ilustrativo el trabajo de Héctor Masnatta, *El contrato necesario*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.

²² Al respecto, Spota dice que se trata de fenómenos jurídicos que en nuestro tiempo sobrevienen sobre todo cuando se está frente a pactos de indudable significación social. Surgen, así, los contratos impuestos obligatoriamente, que la doctrina norteamericana denomina *compulsory contracts* (*Instituciones de derecho civil*, p. 228).

²³ Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 64.

²⁴ La literatura sobre el tema es cuantiosa, sobre todo a partir de la década del veinte. En la Argentina, es clásica la tesis doctoral de Marco Aurelio Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1958.

²⁵ Santos Briz, Jaime, *Derecho económico y derecho civil*, Madrid, “*Revista de Derecho Privado*”, 1963, p. 121.

La reticencia que consecuentemente ha existido para su tratamiento, podría tal vez ser atribuida, según el catedrático chileno López Santa María, a un cierto afán de salvaguardar los vestigios del dogma de la autonomía de la voluntad, en especial, de una de sus tantas manifestaciones en el derecho de los contratos: el principio de la libertad contractual²⁶.

Para Ascarelli, la influencia del derecho público en el ámbito del derecho comercial hace cada vez más frecuentes los casos de estos deberes de contratar. Numerosos empresarios están obligados a contratar; esto es, deben prestar su propio consentimiento a la conclusión de un contrato relativo a la prestación de determinados servicios. Es este uno de los medios más frecuentes y más eficaces de tutela de los consumidores frente a las empresas organizadas que son así sometidas por la ley a un deber de contratar²⁷.

Los contratos forzosos pueden ser clasificados según que el acto estatal se imponga a uno solo o a los dos sujetos que son contrapartes en la relación, dando lugar así al acto de constitución unilateral o bilateralmente forzoso. En el segundo caso, el solo acto del Estado crea la relación, siendo únicamente factible en los regímenes totalitarios. En cambio, los casos conocidos entran en el supuesto de constitución unilateralmente forzosa. Este necesita la solicitud o instancia de uno de los sujetos privados. La fuerza vinculante reside en el acto estatal, pero debe ser impulsada por la instancia del interesado, que es su presupuesto necesario²⁸.

López Santa María, por su parte, clasifica a los contratos forzosos distinguiendo los *contratos forzosos ortodoxos* de los *contratos forzosos heterodoxos*.

Según este autor, el contrato forzoso ortodoxo se forma en dos etapas: interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico. La segunda etapa conserva, pues, la fisonomía de los contratos ordinarios: la formación del consentimiento sigue implicando negociaciones o, cuanto menos, intercambio de voluntades entre las partes. La autonomía contractual subsiste en cierta medida.

El contrato forzoso heterodoxo, en cambio, se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual. La fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato *de un solo golpe*; no hay que distinguir etapas, ya que el contrato no precisa intercambio de voluntades. Tanto el vínculo jurídico como las partes y el contenido negocial vienen determinados heterónomamente por un acto único del poder público²⁹. Esta última categoría correspondería, en la anterior clasificación, a los actos de constitución bilateralmente forzosos.

La postura que entiende a la relación empresa privada prestadora de servicios públicos-cliente como una obligación jurídica de contratar o, según la terminología de

²⁶ López Santa María, *El contrato forzoso o impuesto*, punto 1.1.

²⁷ Ascarelli, Tullio, *Introducción al derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales*, tr. de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediar, 1947, p. 204 y 205.

²⁸ Masnatta, *El contrato necesario*, p. 60.

²⁹ López Santa María, Jorge, *Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú*, RDCO, 1985, p. 465.

Durand, *relación contractual de origen legal*³⁰, ha sido sostenida, entre otros autores que específicamente han estudiado el contrato forzoso, por Karl Larenz y, en la doctrina nacional, por Spota y Masnatta.

El primero de ellos clasifica en tres grupos a los casos en que existe la obligación de contratar –*Kontrahierungszwang*–: a) obligación de contratar de los concesionarios de servicios públicos; b) aquellos cuya omisión es contraria a las buenas costumbres, y c) obligaciones de contratar derivadas de la economía dirigida.

En cuanto al primer grupo, Larenz destaca que en el actual orden económico y social no concurren los presupuestos de la auténtica libertad de contratar cuando alguien viene obligado a utilizar determinadas instalaciones y a recibir determinados suministros –p.ej., agua, gas, electricidad– que sólo puede obtener de un concesionario determinado. Por consiguiente, si el concesionario del suministro se negase arbitrariamente a la conclusión del contrato, se encontraría en una situación de violencia. Tendría que plegarse a cualquier condición que le fuera impuesta o bien se vería excluido del suministro general, y con ello perjudicado frente a los demás usuarios de la empresa.

Esto no puede admitirlo el orden jurídico; el suministro de los bienes vitales a la generalidad a través de una sola empresa, que para un determinado territorio goza de un monopolio de hecho o de derecho, es un deber público que ha de ser cumplido en interés de todos. Para alcanzar esta finalidad impuso el legislador, hace tiempo, a determinadas empresas la obligación de poner sus prestaciones a disposición de todos los que quisieran aceptarlas en las condiciones de tarifa. En todos los casos el deber de concluir el contrato es el hecho correlativo necesario de la dependencia de hecho de los sujetos del tráfico y, con ello, la ausencia de los presupuestos de una auténtica libertad de contratar³¹.

Al parecer, el argumento de mayor peso para reconocer una obligación legal de contratar en el caso de los servicios públicos es, entonces, *un deber de prestación no discriminatoria* al universo de clientes que la ley establece.

En relación a ello, resulta sumamente ilustrativo el art. 2597 del Código Civil italiano de 1942: “El que ejerce una empresa en situación de monopolio legal tiene la obligación de contratar con quien solicite la prestación correspondiente al objeto de la empresa, observando la igualdad de trato”.

De acuerdo a sus notas más características, podríamos definir al contrato forzoso³² como *aquel por el cual una de las partes, por disposición de la ley, se ve constreñida a contratar ante el requerimiento de la otra, de acuerdo a las condiciones establecidas por el legislador en tutela del interés social*.

³⁰ Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, p. 74.

³¹ Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 67 y 68.

³² Resulta ilustrativa la definición que, por su parte, proporciona Zavala Rodríguez: “En este caso existe la obligación de celebrar el contrato con determinada persona o empresa y en términos inflexibles, de los cuales no es posible separarse” (*Código de Comercio comentado*, t. III, p. 383).

2. Las restricciones a la autonomía de la voluntad

El contratar *de acuerdo a las condiciones establecidas por la ley* implica sólo una limitación a la configuración interna del contrato; sin embargo, y tal como se verá más adelante, el contrato forzoso también trae consigo, al menos en ciertos casos, una limitación en la *elección de la contraparte* y una limitación en la *libertad para la conclusión del contrato*.

Estas últimas características diferenciales nos llevan entonces a afirmar que el concepto de contrato forzoso no es unívoco, o al menos que la doctrina no lo ha entendido siempre de la misma forma, pudiendo ser estudiado en dos planos distintos.

Así, y desde la óptica del prestador de servicios, en términos generales podríamos describir al contrato forzoso como *la obligación impuesta a un sujeto jurídico sin su voluntad obligacional, en base a una norma de orden jurídico y en interés de un beneficiario, de concluir con éste un contrato determinado por el legislador o por la autoridad de control*.

En esta definición, que Nipperdey incluye en su obra "*Kontrahierungszwang und diktierten Vertrag*", hemos preferido reemplazar³³, como sujeto determinante del contrato, a "una parte imparcial" por "el legislador o la autoridad de control", ya que la tutela de un beneficiario, en este caso el consumidor o el usuario, no puede hacerse en forma aséptica, sino que lleva consigo, naturalmente, un propósito manifiesto de protección o defensa.

De un análisis detenido de este concepto, puede advertirse la existencia de tres imposiciones básicas al contrato: a) la falta de libertad para su *configuración interna*; b) la falta de libertad para la *elección de la contraparte*, y c) la falta de libertad para su *conclusión*.

Este esquema triangular, sin embargo, no es compartido por Santos Briz, quien engloba las situaciones señaladas en b y c dentro de un concepto más amplio de *libertad de conclusión*³⁴.

Por otro lado, y desde el punto de vista del consumidor de bienes o servicios, es claro que para la satisfacción de las necesidades del hombre resulta imperioso entablar ciertas relaciones jurídicas, aunque ello implique sujetarse, en general, a la

³³ Además de esta modificación, también se ha excluido otra expresión de la versión original. Los términos exactos de la definición de H. K. Nipperdey en "*Kontrahierungszwang und diktierten Vertrag*", 1920, son los siguientes: "Es la obligación impuesta a un sujeto jurídico sin su voluntad obligacional, en base a una norma de orden jurídico y en interés de un beneficiario, de concluir con éste un contrato determinado o a determinar por una parte imparcial" (citada por Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 258).

³⁴ En efecto, este autor, en *La contratación privada*, Madrid, Montecorvo, 1966, p. 57 y 58, señala que "es admitido en la doctrina jurídica extranjera y aceptado también en la nuestra que la libertad de contratación comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo (libertad de conclusión) y la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato (libertad de configuración interna)". Asimismo, expresa que "es opuesto a la libertad de conclusión la coacción de contratar y el llamado contrato dictado, la obligación impuesta de contratar con determinada persona o entidad y la de celebrar un determinado tipo de contrato. Opuestas a la libertad de configuración interna o de fijación del contenido del contrato son las normas coactivas sobre precios".

configuración del contrato querida por el predisponente o, en particular, a las condiciones de contratación establecidas *ex lege*.

Si bien en un primer análisis podría afirmarse que existe libertad para celebrar el contrato o no, esta premisa se ve relativizada tan pronto como se observa la existencia de dichas necesidades que, de no ser satisfechas, implicarían, al menos, un desmedro en la calidad de vida. Seguramente por ello es que también se ha entendido que el contrato necesario consiste en impedir que el sujeto no contrate³⁵.

Además, en ciertas condiciones de monopolio, y aunque éste sea de tipo legal, quien contrata servicios vería también afectada su libertad para la elección de la contraparte.

A pesar de que la *necesidad de entablar relaciones jurídicas* entra en colisión con la libertad para celebrar el contrato cuando éste no es el resultado de un proceso libre de restricciones a la autonomía privada, se ha afirmado que el contrato forzoso no significa *falta de libertad para contratar* u *obligación de contratar* sino que, de hacerlo, *se deberá contratar de cierta manera y no de otra*.

A nuestro juicio, esta afirmación recorta el ámbito de las imposiciones sólo a la configuración interna del contrato cuando, en rigor de verdad, no podría seriamente dejarse de lado aspectos tales como la elección de la contraparte y la conclusión del contrato.

En síntesis, podríamos afirmar que el contrato forzoso o necesario se ve representado en dos planos distintos: a) la sujeción a las condiciones de contratación por parte del usuario de servicios para lograr la satisfacción de sus necesidades, pudiendo existir o no la facultad de elegir al cocontratante, como contrapartida de b) la obligación del prestador de servicios de contratar sin la concurrencia de su voluntad obligacional, sino por el imperio de una norma legal que le es aplicable y sobre la base de las tres imposiciones básicas que mencionáramos.

La libertad contractual, comprensiva de la *autodecisión* y de la *autorregulación*, no se ve, entonces, afectada por igual en uno y en otro caso. En efecto, mientras que en el primer caso –el del usuario– sólo se limita la autorregulación o libertad para la configuración interna del contrato, en el segundo –el de la empresa– se limita tanto ésta como la autodecisión o libertad para elegir al co-contratante.

Siguiendo a Anaya, la libertad de contratación, de tan importante y fecunda función en el cumplimiento de la actividad comercial, tiene entre nosotros el rango de un derecho constitucional. Pero, asimismo, *tiene delimitado enérgicamente su ámbito* por la irrenunciabilidad de las leyes con el alcance que establecen los arts. 19³⁶ y 21³⁷ del Código Civil, por el repudio de la causa ilícita en las obligaciones conforme al art.

³⁵ Trigo Represas, Félix A. - Stiglitz, Rubén S., *El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social, LL*, 1985-B-139.

³⁶ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 13: “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”.

³⁷ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 12: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

502³⁸, por la fundamental directiva del art. 953³⁹, por la relativa proporción que han de guardar las prestaciones según el art. 954⁴⁰, por la reprobación del abuso de derecho establecida en el art. 1071⁴¹ y por el principio de la buena fe a que se refiere el art. 1198⁴².

Agréguese todavía que la justicia conmutativa es informante como principio fundamental, en las relaciones contractuales; y como cabe presumir que el ordenamiento jurídico, aun en sus reglas dispositivas, ha previsto una distribución de los derechos y obligaciones en función de tal justicia, todo apartamiento de las normas previstas para un tipo legal deberá estar especialmente justificado.

Con esta concepción del contrato y sin perjuicio de admitir la conveniencia de algunas reglas específicas al respecto, quedan reducidas a sus exactas proporciones las dificultades suscitadas por el desequilibrio del poder entre los contratantes, dato que no es exclusivo de la contratación por cláusulas uniformes, aunque en ésta pueda haber alcanzado sus expresiones más amplias⁴³.

Es por ello que, a nuestro parecer, la existencia del contrato forzoso o necesario no se encuentra dada por el hecho de que uno de los polos de la relación jurídica obligacional sea más fuerte que el otro, sino por la íntima vinculación de esta categoría de contrato con lo que en la doctrina se conoce como contrato *normado y dirigido*.

3. El contrato forzoso y la categoría del contrato normado y dirigido

Desde el punto de vista de su configuración interna, un contrato es forzoso como consecuencia de su calificación como contrato normado y dirigido. En otros términos, el contrato necesario no podría tener cabida fuera del marco de ambas

³⁸ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 1014: "El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común".

³⁹ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 725: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor".

⁴⁰ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 332: "Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones".

⁴¹ Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 10: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

⁴² Su concordancia con el actual Código Civil y Comercial es el art. 729 y concordantes: "Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe".

⁴³ Anaya, Jaime, *Reflexiones sobre la contratación mercantil*, conferencia dictada con el auspicio de la Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional en Buenos Aires, el 17 de julio de 1978 (citado por Polotto, *Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación*, p. 243).

categorías de contratos, íntimamente vinculadas. Sin embargo, claro está, no todo contrato normado y dirigido es también forzoso.

Se ha definido al contrato normado como aquel *cuyo contenido está sujeto a reglamentación legal pero en el que existe libertad respecto de su conclusión*. En este sentido, Spota⁴⁴ señala que su contenido escapa a la autonomía de la voluntad, a la autorregulación del contrato, para caer en el campo de la heteronomía.

Por otra parte, la concepción intervencionista de la economía trae consigo la regulación de las convenciones entre los particulares, dando origen al contrato dirigido.

En ambos casos, el contenido del contrato ha sido previsto por el legislador por razones que hacen al orden público económico.

Si bien en el contrato normado existe libertad para su conclusión, su yuxtaposición con el contrato dirigido no pocas veces implicará una limitación en este sentido. En otros términos, el contrato normado se encuentra caracterizado por dos elementos: *la libertad para contratar*⁴⁵ y *la predeterminación de su contenido por la ley*. Sin embargo, del juego de esta categoría con la de contrato dirigido podría conmovérsele el primero de los elementos transformándose, así, en un contrato forzoso.

De este modo, y así como en la contratación en masa el consumidor se encuentra ante la disyuntiva del “tómelo o déjelo”, en el contrato normado y dirigido también deberá contratar en los términos prescriptos por la ley o no hacerlo, salvo en aquellos supuestos en que hasta para el mismo usuario de servicios la obligación de contratar se hace ineludible por razones que superan el interés particular del mismo, como la salubridad pública en la provisión de agua potable.

La naturaleza mixta de la relación contractual entre la empresa prestadora del servicio público y el cliente, por otra parte, tiene una fuerte incidencia en el contrato específico que estos celebran por ser, precisamente, un contrato normado y dirigido.

En otras palabras, la duplicidad de las relaciones jurídicas del prestador implica que la relación empresa-cliente se encuentre configurada por elementos determinados en la relación Estado-empresa.

4. El contrato forzoso en la legislación argentina

Sin pretender aquí una enumeración exhaustiva, enunciaremos algunos supuestos en los que de la legislación argentina surge, directa o indirectamente, la obligación jurídica de contratar:

⁴⁴ Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 231.

⁴⁵ Reafirmando lo expuesto, en relación al contrato normado se ha dicho que “cabe contratar o no; cabe hacerlo con una persona o con otra. Mas si el contrato se celebra, la fijación de su contenido no se entrega totalmente a la libre determinación de las partes, sino que lo predetermina la norma, al menos en aquellos aspectos reputados esenciales sobre los que versan preceptos inderogables creadores de derechos irrenunciables” (Hernández-Gil, Antonio, *Derecho de obligaciones*, p. 238, citado por Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 231).

a) Larenz menciona, a título ejemplificativo, el suministro de agua, gas y electricidad, como así también la prestación del servicio de transporte y de correo. Borda⁴⁶, por su parte, incluye a la prestación del servicio telefónico dentro de los contratos forzosos. De este modo, puede ser incluida toda prestación de un servicio público, sin que sea necesario distinguir si se trata de un prestador público o privado ni si el servicio es público o privado⁴⁷.

El carácter de *servicio público* de tales prestaciones en el derecho argentino, respaldado por los marcos regulatorios dictados a partir de las privatizaciones encarradas, corroboran la existencia de un verdadero deber de contratar.

b) Un ejemplo claro de tal deber de contratar es proporcionado por el art. 204 del antiguo Código de Comercio: “Las empresas de ferrocarriles tienen la obligación de recibir toda la carga que se les entregue para el transporte hasta sus estaciones o las de otras líneas que empalmen con ellas”.

c) La relación contractual entablada entre el paciente y la obra social a la cual se encuentra asociada⁴⁸.

d) El depósito necesario al que se refiere el art. 2227 del antiguo Código Civil: “Será depósito necesario, el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad”. Su concordancia en el actual Código Civil y Comercial es el art. 1368: “Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros”.

e) En materia concursal, los términos y condiciones establecidos en el acuerdo preventivo o resolutorio deben ser aceptados por los acreedores ausentes o disidentes y, toda vez que dicho acuerdo tiene naturaleza contractual⁴⁹, estos acreedores estarán obligados a observar sus pautas para la satisfacción de sus créditos, a pesar de que, a su respecto, el contrato no ha sido formado a partir del consentimiento.

Igual criterio puede ser aplicado para aquellos que estando sometidos a la prohibición de no votar el acuerdo según el art. 51 de la ley de concursos, les son alcanzados los efectos de su homologación.

f) Spota también se refiere al deber legal de contratar para los concesionarios de servicios públicos, extendiéndose a los supuestos de servicios públicos impropios, como el de farmacia⁵⁰.

⁴⁶ Borda, Guillermo A., *Manual de contratos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 12ª ed., 1985, p. 19.

⁴⁷ Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 68.

⁴⁸ Conf. CNCivCom, Sala V, “Bettini, Alfonso c/Sindicato de Obreros y Empleados de la Madera”, LL, 1985-B-139. Al respecto, nos remitimos a la derogada ley 18.610 y a la ley 22.269.

⁴⁹ Quintana Ferreyra, al hablar del concepto del acuerdo preventivo, señala que es el “contrato solemne celebrado entre el deudor y la comunidad organizada de sus acreedores con el objeto de sistematizar las relaciones jurídicas existentes entre aquél y éstos y tiene por finalidad evitar la declaración de la quiebra” (Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos*, t. I, Bs. As., Astrea, 1988, p. 489).

⁵⁰ Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 230 y 231.

g) Asimismo, se ha sostenido en forma reiterada que en el ejercicio de determinadas profesiones existe el deber de contratar toda vez que, de lo contrario, y en concordancia con la clasificación de la doctrina alemana, la omisión en la prestación de los servicios profesionales implicaría, en ciertos casos, una conducta contraria a la moral.

Como ejemplo de ello, puede señalarse el supuesto del médico que, sin motivos fundados, se niega conscientemente a asistir a un enfermo grave que requiere inmediata atención facultativa⁵¹, la obligación del abogado de patrocinar gratuitamente a los declarados pobres y de atender el consultorio jurídico gratuito del Colegio –según la ley 5177 de la provincia de Buenos Aires⁵²– o en el caso del nombramiento de oficio al que se refiere el Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que actúa como restricción en la libertad para aceptar o rechazar su intervención.

h) Por su parte, la ley 23.554 establece que, en caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo nacional podrá disponer requisiciones de servicios o de bienes y que tanto los habitantes de la nación como las personas de existencia ideal tienen la obligación, en tales casos, de proporcionar los bienes y prestar los servicios que le sean requeridos por la autoridad competente.

Estos ejemplos son demostrativos de la existencia de una constitución forzosa de relaciones jurídicas. El acto de constitución no nace del consentimiento, presupuesto necesario para la creación voluntaria de relaciones jurídicas, sino de un imperativo legal.

5. Contrato típico vs. contrato atípico

La tradicional clasificación de los contratos como *típicos* y *atípicos* y, por su parte, como *nominados* e *innominados*, a la que reiteradamente se acude, a veces con cierta ligereza, para enmarcar las relaciones jurídicas entre las partes, será utilizada aquí no para calificar a nuestro contrato en alguna de ambas categorías sólo por una cuestión de rigor académico, sino para rechazar la posibilidad de caracterizarlo como un contrato atípico, sin que ello implique necesariamente recurrir al contrato típico como categoría residual sin una razón sólida que le sirva de fundamento.

En efecto, el contrato atípico es el fruto de la libertad contractual, expresión del principio de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta bajo un triple aspecto: a) como poder de autorregulación de intereses, libre de limitaciones legales; b) como poder de libre discusión de las condiciones del contrato, y c) como poder de escoger libremente el tipo de contrato que conviene a sus intereses⁵³.

Es por ello que, si debemos tomar como presupuesto para la existencia del contrato atípico, entendido éste al menos en un sentido estricto, los tres aspectos de la libertad contractual mencionados, y al no existir éstos en el denominado “contrato

⁵¹ Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 231.

⁵² Masnatta, *El contrato necesario*, p. 44.

⁵³ Masnatta, Héctor, *El contrato atípico*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, p. 13.

forzoso”, no resulta posible, en consecuencia, encuadrar en tal categoría al contrato que nos ocupa.

Desde otro punto de vista, el contrato típico es aquel que está sujeto a una reglamentación legal específica, por oposición al atípico en el que no existe un estatuto legal propio que lo regule, sino que es el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes.

En otros términos, es lo que Josserand denomina “contratos de confección” por oposición a los “contratos a medida”. Según creemos, nuestro contrato está más cerca del primer caso que del segundo.

Por otra parte, es necesario puntualizar la diferencia entre los contratos atípicos y los innominados⁵⁴ (y entre los típicos y los nominados). Así, mientras que el contrato típico es, como se dijo, aquel que está legislado particularmente, lo decisivo para calificar a un contrato como nominado es que la ley lo designe bajo una denominación especial⁵⁵.

Del mismo modo, en el contrato atípico nos encontramos ante una ausencia de legislación particular, siendo el resultado de la libre creación de los contratantes⁵⁶, mientras que el innominado no es designado por la ley bajo denominación especial alguna.

Hecha esta distinción, que tiene consecuencias sustanciales, resulta imprescindible desentrañar la esencia de los contratos típicos y atípicos.

En el derecho privado argentino, los contratos se encuentran básicamente legislados en el Código Civil y Comercial, sin perjuicio de leyes especiales que regulan otras figuras contractuales o completan el cuadro normativo de aquél.

A nuestro juicio, aquello que imprime el carácter de típico no es que coincida con los contratos tradicionales previstos en los códigos de fondo o con contratos modernos incluidos en leyes especiales, sino que, al menos, esté contemplado por una norma legal que le de vida e informe su desarrollo.

Como lo señala Masnatta, existen contratos que son nominados aunque atípicos, tal como lo es el contrato de pensión⁵⁷. La situación inversa es técnicamente posible. Los *contracti innominati* del derecho romano estaban regulados por el ordenamiento jurídico y sólo podían realizarse dentro de ciertos moldes. Presuponían cierta normatividad y, a pesar de ser innominados, eran típicos. Lo esencial es que el

⁵⁴ Ascarelli puntualiza que entre estos últimos podemos distinguir aquellos cuya función económica resulta de una mezcla o combinación de las funciones económicas de los contratos nominados –pudiéndose entonces hablar de contratos mixtos–, y aquellos cuya función económica es, por el contrario, radicalmente nueva en comparación con las funciones económicas de los contratos nominados –pudiéndose entonces hablar de contratos innominados *strictu sensu*– (Ascarelli, Tullio, *Panorama del derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1949, p. 34 y 35).

⁵⁵ Conf. art. 970, Código Civil y Comercial.

⁵⁶ En este sentido, Santos Briz, *Derecho económico y derecho civil*, p. 80 y 81, señala que la libertad de contratación salta por encima de las figuras típicas de negocios jurídicos que la ley establece y crea nuevas figuras sin limitación alguna.

⁵⁷ Previsto en el art. 4035, inc. 2°, del Código Civil de 1871.

contrato posea o no una particular disciplina en la ley, sea por gozar de un estatuto propio sea por remisión expresa que permita deducir su regulación jurídica⁵⁸.

En relación a nuestro contrato podríamos, entonces, sintetizar:

a) No corresponde encuadrarlo dentro de la categoría de contrato atípico, por dos razones: 1) no es consecuencia o fruto de la autonomía de la voluntad, toda vez que no se dan los presupuestos mencionados, y 2) existen normas específicas que lo regulan, circunstancia ésta decisiva para no considerarlo como atípico.

b) Por lo expuesto, es un contrato *típico*.

c) Es *nominado*, conforme al art. 970 del Código Civil y Comercial, toda vez que los marcos regulatorios que rigen la prestación de los diversos servicios públicos, en general, otorgan al contrato una denominación especial.

CAPÍTULO III

EL CONTRATO FORZOSO FRENTE AL CONTRATO DE ADHESIÓN

1. Consideraciones previas

Mucho es lo que se ha escrito sobre los denominados “contratos de adhesión”, motivo por el cual sólo nos limitaremos, en los puntos siguientes, a describir sus notas sobresalientes con el único propósito de distinguirlo y diferenciarlo de las contrataciones que realiza la empresa prestadora de servicios públicos en el marco del contrato forzoso.

La inexistencia de los presupuestos del contrato de adhesión en las contrataciones que aquí son motivo de análisis, pero la similitud de ambos fenómenos en aspectos secundarios o formales, torna necesario, por cuestiones metodológicas, terminológicas y conceptuales, considerar al contrato de adhesión –elemento típico de la contratación en serie– como propio de la clásica contratación en masa, mientras que aquellas contrataciones que puedan ser enmarcadas, en el ámbito de la empresa, dentro del contrato forzoso o necesario, corresponden a una contratación en masa en sentido amplio o contratación en masa impropia⁵⁹.

La explicación conceptual de esta diferencia será desarrollada en este capítulo. No obstante, a modo de síntesis adelantaremos aquí lo siguiente:

a) Como consecuencia de los cambios en las prácticas negociales operados en este siglo, el Derecho, lejos de permanecer rígido ante las nuevas transformaciones, acompañó dicho proceso a través de normas cuya observancia tiene como punto de origen al orden público económico.

⁵⁸ Masnatta, *El contrato atípico*, p. 20 y 21.

⁵⁹ Adviértase que serán utilizadas como sinónimos las expresiones “clásica contratación en masa”, “contratación en masa en sentido estricto” y “contratación en masa regular”, en contraposición a la “contratación en masa en sentido amplio” o “contratación en masa impropia”.

b) La acción del legislador, inspirador del orden público económico, regula, con afán de protección, aquellas cuestiones que, en un amplio espectro, pueden ser calificadas como de “interés público”.

c) En el derecho privado, y ante la innegable colisión entre las normas contractuales inspiradas en el liberalismo político y económico y el nuevo orden económico-social, el legislador ejerce *ex ante* un poder moderador cuyo objeto es restablecer el equilibrio entre los contratantes y, consecuentemente, en la ecuación económico-jurídica del contrato.

d) A diferencia de la clásica contratación en masa, en la contratación en masa en sentido amplio, y por el mencionado ejercicio *ex ante* del poder moderador del legislador, no existe desequilibrio alguno entre los contratantes ni en la ecuación económico-jurídica del contrato, motivo por el cual ambos fenómenos no pueden ser asimilados; antes bien, deben ser distinguidos, por lo que distintas serán también todas las consecuencias que, aplicadas al conocido contrato de adhesión, resultan de la contratación en masa en sentido amplio.

Por su parte, la expresión *poder moderador* es usualmente utilizada por los autores al explicar la potestad del legislador para contrarrestar los efectos adversos que, en la contratación en masa regular, se producen como consecuencia de la posición dominante del empresario. Sin embargo, en nuestro caso, no se trata sólo de un poder moderador del legislador sino del ejercicio, por parte de éste, de un *poder de regulación casi absoluto*, reduciéndose a prácticamente nada el ámbito de libertad contractual del empresario.

2. Los contratos de adhesión: una categoría especial

Los contratos de –o por– adhesión no son entendidos de manera uniforme por la doctrina en cuanto a las circunstancias de hecho que deben darse para su existencia.

Nos referimos a las posturas de quienes asimilan o diferencian el contrato de adhesión de las situaciones de monopolio que pueden existir en la prestación de un servicio determinado.

En efecto, para algunos, el contrato de adhesión no podría tener lugar en un régimen de libre competencia, ya que siempre se daría la posibilidad de que un competidor ofrezca condiciones más ventajosas para el usuario⁶⁰.

Si bien esto ocurre en muchos casos, la experiencia demuestra que la identificación no es total. Muchas empresas que despliegan actividades en abierta competencia, recurren a la adhesión por ser la única forma posible de contratación masiva;

⁶⁰ En este sentido Messineo explica que el contrato de adhesión supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista impone su esquema contractual al consumidor (*Doctrina general del contrato*, t. I, p. 441).

y esa competencia no las lleva a aceptar la discusión del contenido del contrato, sino a ofrecer mejores condiciones, masivamente, a todos los potenciales consumidores⁶¹.

No obstante, desde el punto de vista conceptual, se coincide en considerarlo como *aquel en el cual una de las partes fija todas las condiciones, en tanto que la otra sólo tiene la alternativa de rechazar o consentir*⁶².

Le Pera, por su parte, se pregunta a qué se refiere la expresión *contratos de adhesión*, señalando que, a primera vista, parece denotar los casos en los cuales la oferta efectuada por una de las partes es *inamovible*, de modo que la alternativa dejada a la otra es aceptar la oferta tal como ha sido realizada, o renunciar a la idea de formalizar el contrato⁶³.

Finalmente, Messineo⁶⁴ explica que se llama así –con una terminología tomada de la doctrina y jurisprudencia francesas: *contrat d’adhésion*– el contrato en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas *por uno solo* de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducir modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato: lo que introduce una limitación a la *libertad contractual* y se resuelve en una imposición del contenido contractual.

Como se advierte, la *predisposición de las cláusulas por una de las partes*, con exclusión de la otra, es el elemento central.

3. Presupuestos que originan los contratos de adhesión

Sin perjuicio de los criterios que pueden adoptarse en relación a las circunstancias que deben reunirse para la existencia de un contrato de adhesión, y más allá de las variantes que ofrecen los autores para encuadrarlo conceptualmente, existe una serie de presupuestos que determinan su existencia, los cuales, sintéticamente, podrían resumirse de la siguiente manera: a) predisposición de las cláusulas por parte del empresario; b) imposibilidad del adherente de formular una contraoferta; c) las alternativas del adherente se reducen a la aceptación o rechazo *de los términos* de la oferta; d) eventual imposibilidad de rechazar la oferta; e) falta de libertad económica para contratar; f) falta de igualdad económica; g) situación de sumisión; h)

⁶¹ Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1990, p. 716.

⁶² Borda, *Manual de contratos*, p. 17. Adviértase que esta definición sólo señala como presupuesto, con exclusión de otros, a la preformulación unilateral del contenido del contrato.

⁶³ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 269. Este autor, al mismo tiempo, agrega que aunque este caso pueda parecer una excepción a la tradicional imagen del contrato como resultado de una libre discusión en la cual el contenido de cada una de las cláusulas es establecido por las partes, no es en absoluto nuevo, y (en este amplio sentido de “contrato de adhesión”) todas las ofertas de venta a base de “precios fijos y al contado” u otras condiciones predeterminadas, podrían considerarse “contratos de adhesión”. Asimismo, señala que situaciones de esta naturaleza han sido muy bien conocidas desde antiguo, pero los problemas que originaron eran meramente “técnicos” y concernían principalmente a la determinación del momento en el cual el convenio era formalizado, sin que permitieran pensar que provocaran una crisis general de la idea (o ideología) del contrato.

⁶⁴ Messineo, *Doctrina general del contrato*, t. I, p. 440.

acumulación de *todo el poder de negociación* a favor de una de las partes; j) estandarización de los contratos.

Del análisis de tales presupuestos, íntimamente relacionados unos con otros, puede advertirse que éstos no se encuentran, al menos en toda su dimensión, en las contrataciones que efectúa la empresa como prestadora de un servicio público, circunstancia ésta que nos lleva a hacer la apuntada diferencia entre la contratación en masa regular y la contratación en masa impropia; siendo esta última la que, en rigor de verdad, se corresponde a nuestro caso.

La enumeración precedente, claro está, no pretende ser exhaustiva, aunque sí puntualizar las situaciones más características. Además, y ante la incorporación de otros presupuestos, podrán aplicarse extensivamente, a los efectos de su análisis, los principios generales que aquí se exponen.

4. Análisis de los presupuestos

Teniendo en cuenta la importancia del tema, que pondrá a prueba la mencionada distinción, haremos un análisis detallado de cada uno. Su propósito es evaluar si existen desequilibrios entre los contratantes que no hayan sido remediados por el legislador. Veamos.

a) *Predisposición de las cláusulas por parte del empresario.* Si bien existe una diversidad de teorías en cuanto a las circunstancias de hecho que deben rodear al contrato de adhesión, es absolutamente uniforme la mención de este presupuesto como su elemento esencial. En este sentido, no hay autor que no lo mencione cuando se hace referencia a la contratación masiva.

No obstante, según hemos afirmado, el empresario, en su condición de prestador de un servicio público, es un sujeto pasivo en la reglamentación del contrato, que carece de toda potestad para determinar o cambiar sus términos y condiciones.

De allí que, si la predisposición del contenido del contrato por el empresario es un elemento esencial, ante su ausencia en la relación jurídica empresa privada prestadora de un servicio público-cliente, no cabe otorgar a dicha relación un carácter que no tiene; menos aun cuando tal contenido es impuesto al empresario.

Por otra parte, se ha afirmado que la predisposición de las cláusulas aparece como un requisito de organización de la empresa proponente y que la redacción del contrato responde a la estructura administrativa, reflejando las necesidades y la experiencia anterior del proponente⁶⁵.

Nada de esto ocurre en nuestro caso. En efecto, partiendo de la premisa de que el empresario no predispone las cláusulas, tal preformulación no puede guardar relación alguna con su organización empresarial ni con su estructura administrativa. Tampoco refleja sus necesidades ni su experiencia anterior.

b) *Imposibilidad del adherente de formular una contraoferta.* La imposibilidad del adherente de realizar una contraoferta no se produce como consecuencia de una

⁶⁵ Belluscio - Zannoni, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, p. 716.

desigualdad económica ni, directamente, a raíz de su falta de libertad económica, sino en virtud de la ley.

Al mismo tiempo, es una consecuencia de la inflexibilidad de las cláusulas y de la inexistencia de una etapa negociada previa, y toda vez que estas dos características también condicionan el ámbito de libertad de la empresa, no constituye un elemento de desequilibrio en la ecuación del contrato.

Además, las condiciones de *igualdad* que debe observar el empresario en la prestación del servicio implican una seria y a veces absoluta limitación a la posibilidad de entablar negociaciones individuales con cada usuario.

c) *Las alternativas del adherente se reducen a la aceptación o rechazo de los términos de la oferta.* Ciñéndonos a la aceptación o rechazo de los términos de la oferta, ya que el tema global de contratar o no ya ha sido tratado, sólo cabe recordar aquí que la predeterminación de las condiciones contractuales realizada por el legislador torna abstracto este presupuesto si quiere aplicárselo a nuestro caso.

d) *Eventual imposibilidad de rechazar la oferta.* El avance de la tecnología y las nuevas necesidades creadas a partir de él, no hace sino relativizar el presupuesto de la libertad de contratar como hipótesis preliminar del esquema contractual clásico.

De este modo, el eventual desmedro en la calidad de vida, y aún la satisfacción de necesidades básicas en el caso de ciertos servicios públicos, hacen más pronunciada la imposibilidad de rechazar la oferta.

Sin embargo, esta situación, que coincide con la realidad de la clásica contratación en masa, es ajena a nuestro caso si, tal como ha quedado sentado, se observa que uno de los caracteres del servicio público implica la obligación del prestador a vincularse contractualmente con quien lo solicite.

En otros términos, la eventual imposibilidad de rechazar la oferta se encuentra compensada, en la ecuación del contrato, con la obligación del empresario de mantener una oferta generalizada y constante hacia quienes demanden el servicio, concretándose aquí también el restablecimiento del equilibrio entre las partes.

e) *Falta de libertad económica para contratar.* La falta de libertad económica, por su parte, no es sino el encontrarse sujeto a contratar de cierta manera si es que se quiere lograr un cometido específico. Esa falta de libertad, que puede existir tanto en los monopolios de derecho como en los de hecho, tampoco constituye un presupuesto que determine por sí solo la existencia de un contrato de adhesión, encontrando su correlato y compensación en la imposibilidad del empresario de salirse del esquema impuesto por el legislador si es que quiere continuar prestando el servicio de que se trate.

f) *Falta de igualdad económica.* La falta de igualdad económica⁶⁶ constituye, quizás, el presupuesto más invocado para reconocer que se ha celebrado un contrato

⁶⁶ Risolía explica que el contrato es un molde jurídico para la materia económica y la desigualdad suele adelantarse por esa vía (*Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, p. 125).

de adhesión. De allí que algunos autores, como Zavala Rodríguez, lo describan, casi excluyentemente, teniendo en cuenta este presupuesto⁶⁷.

Para Messineo, la paridad económica entre los contratantes no es un presupuesto indeclinable del contrato: paridad económica significa que cada uno de los contratantes está en condición de no sufrir la presión psíquica del otro. De esta paridad no se preocupa por lo común el ordenamiento jurídico; ni podría preocuparse sin tropezar con dificultades de reglamentación, casi insuperables. Sólo interviene la ley en situaciones particulares en las que el ignorar la disparidad económica y no remediarla en alivio del contratante económicamente débil daría lugar a consecuencias en pugna con la equidad y con la ética⁶⁸.

En nuestro caso, la falta de igualdad económica carece de todo efecto que pueda repercutir en los términos y condiciones del contrato, en su conclusión o en la elección del co-contratante. Su irrelevancia es consecuencia del poder moderador del legislador ejercido *ex ante* para restablecer el equilibrio entre los contratantes.

La situación de disparidad económica –con o sin monopolio– se atenúa o compensa mediante la intervención del Estado, quien legisla mediante normas de orden público que reducen las posibilidades del proponente⁶⁹.

Si esta afirmación, como creemos, es enteramente válida para los contratos de adhesión, con mayor razón aún lo será para el contrato entendido como una estructura jurídica predispuesta por el Estado.

Debe resaltarse aquí, además, que la igualdad económica de las partes en la celebración de un negocio jurídico es siempre relativa. En efecto, se trata de un concepto susceptible de confusión y riesgoso. Más bien, se podría afirmar que la igualdad económica tiene relevancia como un elemento más, pero no importancia decisiva. Abundan los ejemplos: el gran poder económico de una empresa puede no influir en una contratación con un proveedor de insumos indispensables que, siendo inferior económicamente, puede someter la contratación a condiciones no deseadas por la contraparte.

Por lo tanto, debe destacarse que, en rigor de verdad, el contrato no requiere la igualdad económica de las partes⁷⁰, sino su igualdad jurídica.

g) *Situación de sumisión*. Fuera del caso del monopolio *de facto*, en nuestro caso, y de acuerdo a lo dicho supra sobre la predisposición de las cláusulas por parte del empresario, puede concluirse sin dificultad en la inexistencia de este presupuesto,

⁶⁷ “El contrato de adhesión es aquel en el cual uno de los contratantes, el más fuerte económicamente, fija las estipulaciones que el otro, el más débil, se limita a conformar” (Zavala Rodríguez, *Código de Comercio comentado*, p. 389).

⁶⁸ Messineo, *Doctrina general del contrato*, p. 52 y 53.

⁶⁹ Belluscio - Zannoni, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, p. 718.

⁷⁰ De este modo se pronuncia Broseta Pont, quien afirma que la imposición del contenido del contrato por una de las partes, la más potente económicamente, es jurídicamente posible por la vigencia del principio en virtud del cual las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (*Manual de derecho mercantil*, p. 323).

el cual, desde su reverso, debe entenderse como la posición dominante o de superioridad de una de las partes sobre la otra⁷¹.

La sumisión⁷², como acatamiento o subordinación manifiesta del adherente a raíz de la posición dominante de la otra parte, no tiene cabida en las contrataciones que aquí se analizan en razón de la intervención de un tercero en la fijación de los términos y condiciones aplicables entre las partes.

Al respecto, sólo cabe recordar que, a través del denominado *dirigismo contractual*, el Estado tiende al restablecimiento del equilibrio entre las partes, eliminando así esta hipótesis, respecto de la cual Lafaille ya señalara su influencia sobre el fundamento clásico de la libertad en los contratos.

h) Acumulación de todo el poder de negociación a favor de una de las partes. Teniendo en cuenta las características propias de la contratación en masa en sentido amplio, puede afirmarse que la predisposición de su contenido por parte del Estado elimina la fase negocial previa –o la reduce a su mínima expresión–, integrante del esquema contractual puro del Código Civil y Comercial.

Por otra parte, la expresión “acumulación de todo el poder de negociación” no es sino el equivalente a su total ausencia, ya que cualquier negociación implica un proceso o *iter* de mutuas concesiones, renunciadas y logros. De este modo, la expresión ni siquiera es correcta para el análisis jurídico de la clásica contratación en masa.

En cuanto al tema que nos ocupa, el concepto de contrato forzoso y su relación con la categoría del contrato normado y dirigido explican la inexistencia de este presupuesto.

ï) Estandarización de los contratos. En general, la simplificación del proceso de celebración del contrato ofrece, desde el punto de vista del empresario, las siguientes ventajas⁷³: 1) simplifica y acelera los procedimientos de conclusión de los negocios: ahorro de tiempo, de medios, de actividad y de costos; 2) limita la iniciativa individual de los auxiliares de la empresa; 3) otorga la necesaria homogeneidad de los negocios; 4) el reglamento analítico y exhaustivo de las condiciones generales remueve incertidumbres y controversias, actuando indirectamente como prevención de la litis; 5) contractualmente, logra la unificación interpretativa judicial, mediante cláusulas derogatorias de la competencia territorial; 6) actúa como coeficiente de racionalización en la gestión de la empresa, al facilitar su registración contable: predispone instrumentos para el más puntual cálculo de costos y, por ende, para la determinación de los precios; 7) regula el riesgo del negocio mediante cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad.

⁷¹ Así, Le Pera dice que la expresión “contratos de adhesión” implica una posición de “superioridad” de una parte respecto de la otra (*Cuestiones de derecho comercial moderno*, p. 281).

⁷² Zavala Rodríguez destaca que algunos autores denominan al contrato de adhesión como “contrato de sumisión”, lo cual ilustra suficientemente la importancia de este elemento como presupuesto de la clásica contratación en masa (*Código de Comercio comentado*, p. 389).

⁷³ Polotto, *Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación*, p. 245.

La estandarización de los contratos de la empresa⁷⁴, sin embargo, constituye una modalidad característica de los contratos de adhesión, pero ello no debe llevar a identificarla con el contrato de adhesión en sí.

La producción en serie, consecuencia de cambios económicos globales, ha tenido influencia en el derecho privado, a través de formas concretas de instrumentación que acompañaron las características de la contratación en masa.

Esa particular estructura económica que se concreta en la producción en masa se refleja en el ámbito del derecho privado y en el campo del contrato con la también estandarización de éste, como medio de asegurar la rapidez y la seguridad de las transacciones y a través no ya de lo que clásicamente se conoce con la fórmula de contrato de o por adhesión sino en los contratos concluidos sobre la base de condiciones generales o mediante módulos o formularios⁷⁵.

5. La prestación de servicios públicos como categoría distinta de los contratos de adhesión

De acuerdo a lo sostenido hasta aquí, no nos encontramos frente a un contrato de adhesión por el solo hecho de que quien contrate acepte condiciones contractuales establecidas por otro. Por el contrario, esa interpretación implicaría vaciar al contrato de adhesión de su verdadero contenido conceptual que, de acuerdo a los presupuestos y características sobresalientes, se opone al contrato discrecional, en el que existe concordancia entre las posibilidades de autodecisión, autorregulación y auto obligación de las partes.

Si bien el nuestro, tal como lo desarrollamos en el capítulo II, no constituye un contrato discrecional, tampoco corresponde ubicarlo, residualmente, entre los contratos de adhesión.

En otras palabras, el contrato de adhesión es sustancialmente diferente a la mera predisposición de cláusulas por alguien distinto de quien las acepta y a las cuales adhiere. Es decir, la predisposición del contenido del contrato no es una característica exclusiva de los contratos de adhesión, sino que también se advierte en otros supuestos como en la obligación legal de contratar.

Por otra parte, el cauce natural por el que el Estado concreta la obligación legal de contratar es a través de la fijación del contenido de la relación jurídica, la cual viene impuesta heteronómicamente.

⁷⁴ "La gran empresa ha tenido, para el mejor aprovechamiento y rendimiento, que llegar a la estandarización y la uniformidad, no sólo de modelos y productos sino también de formas de venta y métodos de negociación" (Zavala Rodríguez, *Código de Comercio comentado*, p. 381).

⁷⁵ Fargosi, Horacio P., *Sobre los contratos con cláusulas predispuestas*, LL, 1976-A-566, quien agrega que cierto es que nuestro régimen vigente no contiene una reglamentación de estas formas contractuales, pero su recepción como fenómeno operante, con prescindencia de supuestos específicamente contemplados (p.ej., seguros, transportes) resulta aún del art. 58 de la ley 19.550, norma ésta inspirada en la protección de los intereses de terceros en conjugación con la necesidad de facilitar la rapidez de las transacciones.

Entender lo contrario implicaría sostener que existe un contrato de adhesión aun cuando el empresario no fijó cláusula alguna y carece de las libertades medulares de la autonomía de la voluntad: autodecisión, autorregulación y auto obligación.

Más aún, si la *predisposición de cláusulas* nace como consecuencia de la observancia irrestricta de los principios liberales que inspiraron las relaciones de derecho privado del Código Civil de 1871, mal podría llamarse predisponente al empresario que presta servicios públicos cuando él no participó en tal predisposición.

Del mismo modo, mal puede considerárselo, en el marco de un contrato de adhesión, como el polo de la relación opuesto al que adhiere, cuando la aplicación de todas las consecuencias que ello trae aparejado no se condice con la real naturaleza del vínculo empresa-cliente, esto es, no ya un contrato de adhesión en sentido estricto sino una estructura jurídica predispuesta por el Estado.

Puede concluirse, entonces, que la calificación de *contrato de adhesión* que recae sobre las contrataciones que efectúa la empresa como prestadora de un servicio público, solamente guarda relación con un aspecto meramente instrumental de su forma de celebración, desprovisto de su contenido sustancial, ya que la ausencia de los presupuestos que lo originan provoca, necesariamente, la inexistencia de un verdadero contrato de adhesión y la presencia, en cambio, de un acto de adhesión de una de las partes respecto de un contrato –forzoso– en el que la otra ha sido ajena a la predisposición de las cláusulas.

En todo caso, la raíz del problema puede encontrarse en una cuestión terminológica o bien en las dificultades para caracterizar adecuadamente el contrato de adhesión.

Todo parece indicar que se trata más bien de la utilización de una frase hecha, de algo que sirve para indicar –según las posibles variables– el producto de un acuerdo –si de tal puede hablarse– logrado o “arrancado” en situación de desnivel negocial, pero sin otra connotación⁷⁶.

Por ello, en el contexto de este análisis en particular resulta válido lo señalado por Rezzónico: “Al decir de autores como Demogue, la expresión ha hecho fortuna, pero bien puede afirmarse, a la vez, que poco ha contribuido a la transparencia científica, lo cual desde luego no puede culparse al creador de la frase sino el empleo posterior del vocablo sin las necesarias aclaraciones y conveniente profundización científica”⁷⁷.

CAPÍTULO IV

EL ROL DE LA VOLUNTAD Y LAS PAUTAS INTERPRETATIVAS

1. La ausencia de negociación

Al tratar este tema, no podemos dejar de mencionar el clásico ejemplo de Santos Briz: “Quien se acerca a la ventanilla del ferrocarril o del autobús sabe que no le

⁷⁶ Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 205.

⁷⁷ Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 206.

es dado obtener trato particular alguno respecto de su persona, condiciones del viaje ni seguridad del equipaje. En la mayoría de los casos la tarifa está indicada en el mismo lugar donde se obtienen los pasajes y quien viaja se limita a mencionar el lugar de destino y a entregar el dinero: una sola palabra mueve todo un sistema de sobreentendidos donde ninguno de los dos seres humanos que se encuentra uno frente a otro puede modificar las condiciones preimpuestas⁷⁸.

La ausencia de negociación, por otra parte, ha dado lugar a cierta clasificación de los contratos, que los divide en *contratos negociados* y *contratos no negociados*, la que reconoce como origen a la contratación masiva. Así, la producción en serie y la prestación masiva de servicios traen consigo, necesariamente, el recurrir a sistemas de contratación que agilicen el tráfico y, si bien tales sistemas de contratación serán uniformes, en nuestro caso el predisponente resulta ser el legislador, el cual, como lo dice Rezzónico, *acude a formas estandarizadas como un recurso para que la parte más fuerte en la “negociación” no incluya cláusulas opresivas*⁷⁹.

Esta afirmación, llevada a nuestro caso particular, nos merece dos comentarios.

En primer término, y tal como ya lo resaltáramos, no podríamos hablar, estrictamente, de *negociación*.

En segundo lugar, difícilmente pueda verificarse en la práctica la posibilidad de incluir dichas cláusulas opresivas, en virtud del control que ejerce el Estado en materia de servicios públicos⁸⁰, sin perjuicio de reconocer la corrección de tal afirmación en un plano teórico.

La discusión sobre el contenido del contrato, sin embargo, no constituye un requisito que lleve a considerarlo como válido, sino una etapa precontractual que puede existir o no según las características del negocio jurídico subyacente y las modalidades de contratación empleadas.

2. El rol de la voluntad

La imposición de moldes rígidos y estructuras inflexibles para contratar no debe sino llevar a replantearnos el concepto de *acuerdo de voluntades* que contempla el Código Civil y Comercial en su art. 957. En efecto, a través del contrato normado y dirigido, tal acuerdo de voluntades ha perdido su fuerza original como presupuesto para la existencia del contrato, reduciéndose hoy tan solo, quizás, a una expresión un tanto vacía, demostrativa de la aparición de la voluntad de un tercero que regula y disciplina las relaciones contractuales de otros.

⁷⁸ En este sentido, Santos Briz, *Derecho económico y derecho civil*, p. 102, dice que en supuestos de empresas de transportes, de espectáculos o de recreo, la conclusión del contrato se efectúa en general a través del llamado “tráfico de ventanilla” (*Schalerverkehr*) o por negociación verbal directa reducida al mínimo, o incluso sin mediación de palabras, verdadera relación contractual fáctica.

⁷⁹ Rezzónico, *Contratos con cláusulas preimpuestas*, p. 16.

⁸⁰ Si bien no necesariamente tal control se ejercerá con la eficacia debida, lo que plantea el interrogante de si un particular podría demandar al Estado por incumplimiento de sus deberes de control de las empresas de servicios públicos.

Sin embargo, consideramos aventurado y riesgoso afirmar, como otros lo han hecho, que en estos casos se ha tornado dudoso hablar, en estricto sentido, de *consentimiento*.

Ascarelli⁸¹, además de señalar que según el Código Civil italiano las partes son plenamente libres de determinar el contenido del contrato, salvo los límites que derivan de la licitud del objeto y de las pocas normas prohibitivas sancionadas en dicho código, y que la legislación especial, por el contrario, determina el contenido de ciertos contratos con una minuciosidad que a menudo deja un ámbito muy reducido a la libertad de los contratantes, destaca que el consentimiento sí existe en aquellos casos en que la empresa tiene el deber de contratar.

En otras palabras, así como el rol de la voluntad juega un papel preponderante en el *iter* negocial de cualquier contrato, en nuestro caso el rol de la voluntad se ve minimizado a tal extremo que podríamos concluir que tal *iter* negocial no existe o bien se encuentra sensiblemente reducido.

Más aún, así como el contrato es en principio el resultado de la autonomía privada⁸², en la que la voluntad es su núcleo esencial, vemos que ésta se encuentra tan atenuada en el caso de la empresa como en el del usuario, e incluso más, si reparamos en que aquélla siquiera puede negarse a contratar sea en el plano teórico o en el práctico.

Al respecto, no podemos desconocer que la razón principal de esta diferencia de tratos que hace la ley reconoce como origen los intereses sociales que el legislador, a su juicio, desea tutelar y en relación a los cuales la experiencia nos indica que no son inmutables, sino que se van transformando en función de la dinámica propia del rol de Estado⁸³.

Recordando aquí la distinción entre contratos forzosos ortodoxos y contratos forzosos heterodoxos, López Santa María destaca que el problema surge especialmente a propósito de este último, por la circunstancia de que la voluntad pierde toda autonomía, siendo la relación jurídica íntegramente heterónoma. En el contrato forzoso ortodoxo, en cambio, a pesar de que éste es el resultado de una obligación legal,

⁸¹ Ascarelli, *Introducción al derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales*, p. 205.

⁸² Como lógica consecuencia de todas las transformaciones económicas y sociales, sumado al creciente dirigismo contractual, sea en su movimiento de expansión, sea en la restricción del contrato, se fue corrompiendo paulatinamente la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad (Vallespinos, *La libertad en la contratación contemporánea*).

⁸³ "El Estado moderno interviene cada vez más en la actividad mercantil privada, ya para fomentar el comercio, ya para proteger los intereses profesionales de los comerciantes, ya para garantizar los intereses generales del público y, con particular atención en estos últimos años, para regular el movimiento general de la economía nacional. En este sentido resulta interesante señalar la tendencia general de los Estados modernos a intervenir en la organización y explotación de la riqueza con fines de interés social" (Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Parte general*, t. I, Zavalía, 1975, p. 40).

subsiste en parte la autonomía negocial, existiendo el acuerdo de voluntades que ha caracterizado tradicionalmente al contrato como fuente de derechos y obligaciones⁸⁴.

Este autor señala, asimismo, que el acuerdo de voluntades, como núcleo rector del contrato, aparece francamente desdibujado en múltiples hipótesis. Las más sobresalientes parecen ser el contrato estandarizado y el contrato forzoso. Antes que un acuerdo de voluntades, el contrato aparece, entonces, como un instrumento despersonalizado, apto para el intercambio de los bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana⁸⁵.

De todo ello podemos sintetizar, entonces, lo siguiente:

a) La ecuación jurídica del contrato se ve alterada en favor del usuario al amparo de las obligaciones *ex lege* que recaen sobre la empresa y en tutela de ciertos intereses sociales.

b) Las imposiciones para contratar son más amplias en el caso de la empresa. Al respecto, adviértase que para ésta no sólo se encuentra afectada su libertad *para contratar*, sino su libertad *para no contratar*.

c) El rol de la voluntad, en ambos casos minimizado, se ve especialmente recortado en el caso de la empresa.

d) Las pautas interpretativas, diseñadas en general para proteger los derechos de los consumidores a fin de acortar la ventaja económica del empresario-estipulante, deberían partir de la premisa del contrato normado y dirigido como causa del desplazamiento del concepto *empresario-predisponente a legislador-predisponente*.

Finalmente debe destacarse que, de acuerdo a una postura doctrinaria, se ha asignado una función legisferante, de naturaleza paranormativa, a la clásica predisposición de las cláusulas por parte del empresario, negándosele a su autonomía privada el carácter de fuente del derecho, y el reconocimiento de tal rango, en cambio, a la estructura jurídica predispuesta por el Estado⁸⁶.

⁸⁴ López Santa María, *Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú*.

⁸⁵ López Santa María, *El contrato forzoso o impuesto*. Este autor entiende por contrato estandarizado aquel que se realiza sobre condiciones generales predispuestas, como así también aquellos que son de rápido trámite y en los que no media reflexión ni conciencia de estar contratando.

⁸⁶ En este sentido, Polotto señala que “la realidad de la intromisión de las empresas o asociaciones de empresas en ámbitos no regulados legalmente, en cuanto tiende a disciplinar por decisión unilateral las relaciones económicas, semeja el ejercicio de una función legisferante, de naturaleza paranormativa, que intenta justificarse por la necesidad de la racionalización del tráfico; ello pese a la carencia de la garantía estatal en cuanto a la justicia de su contenido. La observación de este dato de la realidad ha llevado a alguna doctrina a sostener que la autonomía privada podrá ser considerada, en tales casos, entre las fuentes del derecho, afirmación comprensiva de ciertos fenómenos híbridos de difícil caracterización, sea como leyes, sea como negocios jurídicos. No se puede dejar de señalar que la consideración de las condiciones generales como fuente del derecho merece serias objeciones, tanto de orden ético, como jurídico-político. En efecto, repugna a cualquier consideración del derecho basada en el principio de justicia –por el cual debe velar el Estado– la convalidación de la preponderancia de los poderes económicos, con la consiguiente tendencia a modificar unilateralmente la distribución de los derechos y deberes en favor de una parte. No apareciendo satisfactorio el esfuerzo doctrinal que pretende explicar la calidad de fuente del derecho de las condiciones generales, vinculándolas con los usos y costumbres comerciales. A lo sumo podría sustentarse su rango de fuente del derecho en

3. Pautas interpretativas a partir del Diktat del legislador

El nacimiento de un contrato reconoce, como etapa de gestación, la existencia de la negociación, configurada por la oferta, la contraoferta, las tratativas y la aceptación, que dan como resultado la expresión de una síntesis que representa los intereses divergentes, aunque no contrapuestos, de las partes, respecto de la cual éstas prestan su consentimiento.

Nada de esto ocurre en el contrato que analizamos, toda vez que su ámbito ha sido invadido por el legislador⁸⁷, o por la autoridad administrativa quien, en resguardo de un orden público económico cuyos límites no resultan fáciles de establecer, se convierte en el sujeto activo de ese *Diktat* que, fuera del campo de los servicios públicos prestados por particulares, personifica el empresario que contrata masivamente.

En cuanto a esa contratación en masa, de la que antes habláramos, suelen señalarse como presupuestos principales, a la desproporción económica y a la desigualdad entre los contratantes, dando lugar al surgimiento de reglamentaciones específicas de interpretación en las legislaciones alemana e israelita⁸⁸.

En los contratos de adhesión la interpretación debe volcarse a favor de la parte más débil, pero ello es así cuando se trata de cláusulas imprecisas, ambiguas o contradictorias, mas no cuando aquellas no requieren ninguna interpretación ya que no es aceptable que so pretexto de ella se altere su sentido⁸⁹.

En los contratos de adhesión el principio *contra proferentem*, es decir, contra el autor de las cláusulas uniformes, es válido en nuestro derecho a partir del art. 1198 del (anterior) Cód. Civil y del art. 218, inc. 3°, del Cód. de Comercio; pero su aplicación debe limitarse a las hipótesis en que esa duda sea razonable, de buena fe, lícita para el hombre corriente y la interpretación extensiva no pugne con la economía del contrato⁹⁰. El actual Código Civil y Comercial en su art. 988 tiene por no escritas las cláusulas abusivas.

En virtud de las características propias de las contrataciones que realiza la empresa privada prestadora de servicios públicos, estas pautas de interpretación, si bien

aquellos supuestos en que el Estado fija el contenido del contrato o su clausulado básico; o cuando se remite a las partes, a normas aprobadas por ley o decreto; o cuando las normas contractuales emanan de entidades investidas de poder normativo por delegación estatal" (*Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación*, p. 252 y 253).

⁸⁷ "El legislador interviene, no sólo en épocas de emergencia, sino también persiguiendo fines que se consideran valiosos para el mayor bienestar social del mayor número de habitantes" (Spota, *Instituciones de derecho civil*, p. 31).

⁸⁸ Antonio Boggiano, en el fallo "Mujica, Juan Carlos c/Caja Prendaria SA" (Juzgado Nacional en lo Comercial n° 13, 28/7/80) destaca que "sin perjuicio de la evolución jurisprudencial que alcanzara resultados satisfactorios en la decisión de controversias concretas sobre la base de principios generales del derecho y el standard de la buena fe, modernamente se han dictado leyes especiales sobre la cuestión, y esta tendencia legislativa se extiende y penetra en los sistemas jurídicos de concepciones más diversas".

⁸⁹ CNCom, Sala C, 18/11/88, *ED*, 134-252.

⁹⁰ CNCom, Sala B, 31/5/88, *ED*, 133-572.

son utilizadas frente al contrato de adhesión con las señaladas limitaciones, resultan inaplicables en aquéllas.

En efecto, si bien al contrato por el que se presta un servicio público necesariamente se lo califica como *masivo*, y aunque exista la antedicha desigualdad, en un plano teórico pero carente de virtualidad en nuestro caso, *no puede ni debe ser considerado a la luz de esas tendencias interpretativas, precisamente porque el empresario, en este esquema, está desprovisto del carácter de predisponente*⁹¹.

Más aún, es un mero receptor y ejecutor de lo dictado por el *legislador-predisponente*, por lo que absurdo sería que corriera con las consecuencias de esas tendencias interpretativas sobre cláusulas que le son tan ajenas como al usuario en cuanto a su determinación.

De este modo la fuerza obligatoria del contrato permanece intacta, no pudiendo admitirse la revisión incausada de su régimen por el legislador o el juez o multiplicar sus causales de invalidez. Como dice Toulemon⁹², el debilitamiento de las obligaciones contractuales trae consigo en una nación el rápido menoscabo de todas las obligaciones legales; el ideal del cumplimiento exacto de las obligaciones mutuamente consentidas, el hecho de la voluntad libre que se compromete y que respeta su compromiso, constituyen la base de toda vida social.

Al respecto, se ha sostenido que la regla jurisprudencial *in dubio contra stipulatorem*, a pesar de su difusión, no puede generalizarse, y que sólo vale cuando los contratantes particulares formulan las condiciones de contratación; pero no cuando se trate de condiciones contractuales establecidas por medio de disposiciones reglamentarias estatales impuestas lo mismo a la empresa que al particular que con ella contrata. Estos supuestos deben interpretarse lo mismo que las leyes: averiguando su sentido propio sin prejuzgar el favor o perjuicio para ninguno de los contratantes⁹³.

Al explicar los principios que rigen la interpretación de los actos jurídicos, Borda⁹⁴ señala que tal interpretación consiste en desentrañar la voluntad de las partes a través del prisma de su declaración, mencionando como tales principios a la buena fe, las circunstancias del caso, el fin práctico, la conducta posterior de las partes, la naturaleza del contrato y su vivencia y el principio del *favor debitoris*.

Sin embargo, al consistir la relación contractual que se entabla entre la empresa y el cliente en un acto jurídico de constitución forzada, dotado de una preformulación

⁹¹ Nos referimos a la doctrina que postula, en estos casos, una *interpretatio contra stipulatorem* ante la duda u oscuridad de las cláusulas. En el derecho angloamericano suele manifestarse ese criterio con la expresión “*the words of written documents are construed more forcibly against the part using them*” (conf. Anson-Guest, *Law of Contract*, citado por Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, p. 593).

⁹² Toulemon, André, *El menosprecio de los contratos y la crisis*, Bs. As., Sudamericana, 1945, p. 17.

⁹³ Clauss, *Zur Auslegung unklarer A.G.B.*, citado por Jaime Santos Briz, *Derecho económico y derecho civil*, p. 209.

⁹⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Bs. As., Abeledo-Perrot, 10ª ed., 1991, p. 142.

exógena, y en la que existe una obligación de la empresa de contratar en los términos y formas prescritos, tales pautas de interpretación son inaplicables.

En su lugar, la interpretación que cabe realizar no debe sino coincidir con desentrañar el sentido de la norma de acuerdo a los mismos criterios que se utilizan para el resto del ordenamiento jurídico, con exclusión de todo principio que tienda a favorecer a priori a alguna de las partes.

En el supuesto que aquí se plantea, la *interpretatio contra stipulatorem* resulta inaplicable. En efecto, el empresario, como se dijo, no ha predisposto las cláusulas del contrato, ya que lo ha hecho el legislador, actuando éste de alguna forma como representante tácito de la masa de usuarios, a los que procura beneficiar. En consecuencia, una aplicación lógica de la doctrina mencionada llevaría a interpretar cualquier duda en contra del usuario.

Hemos hecho referencia al *legislador-predisponente* y propiciamos tal denominación toda vez que existe una suerte de desplazamiento del carácter de predisponente o estipulante del empresario hacia el legislador o hacia la autoridad de control.

Finalmente, no puede dejar de destacarse la existencia de una posición según la cual se pone especial énfasis en la *cognoscibilidad* y, consiguientemente, en la aceptación de las cláusulas a las cuales se remiten aquellos contratos calificados como *en serie*, otorgándose a la importancia de ese conocimiento una jerarquía similar a la regla de la *interpretatio contra proferentem*. Ello no es sino consecuencia de la correcta aplicación del término *contrato* que, lejos de identificarse con el instrumento que suscriben e intercambian las partes, se encuentra constituido por la relación jurídica que entablan los contratantes tomada en su integridad. Sobre estas bases, se ha subordinado la eficacia del contrato al efectivo conocimiento de sus cláusulas por el adherente, a menos que la ignorancia proviniera de su propia negligencia⁹⁵.

La situación particular que se plantea con el contrato que venimos analizando, sin embargo, impide aplicar dicha teoría tal como se encuentra formulada. En efecto, la eventual remisión que pueda hacerse en el instrumento que es suscripto no puede sino hacer referencia a normas jurídicas dictadas por el legislador –o por la autoridad de control– las que se reputan debidamente conocidas desde su publicación.

Esto, a nuestro juicio, no es sino una prueba más de la imposibilidad de utilizar pautas interpretativas que, si bien pueden corresponder a la generalidad de las relaciones del derecho común, resultan ajenas a nuestro caso, toda vez que la especialidad de la materia especializa también las soluciones a adoptar.

Conclusiones

Como consecuencia de los cambios en las prácticas negociales operados con posterioridad a la sanción del Código Civil de 1871, el Derecho, lejos de permanecer rígido ante las nuevas transformaciones, acompañó dicho proceso a través de normas cuya observancia tiene como punto de origen al orden público económico. Esto es receptado por el actual Código Civil y Comercial.

⁹⁵ Belluscio - Zannoni, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, p. 718.

La acción del legislador, inspirador del orden público económico regula, con afán de protección, aquellas cuestiones que, en un amplio espectro, pueden ser calificadas como de interés público.

En el derecho privado, y ante la innegable colisión entre las normas contractuales inspiradas en el liberalismo político y económico y el nuevo orden económico-social, el legislador ejerce *ex ante* un poder moderador cuyo objeto es restablecer el equilibrio entre los contratantes y, consecuentemente, en la ecuación económico-jurídica del contrato.

A diferencia de la clásica contratación en masa, en las relaciones jurídicas que vinculan al prestador de servicios públicos con sus clientes, y por el mencionado ejercicio *ex ante* del poder moderador del legislador, no se advierte *a priori* desequilibrio alguno entre los contratantes ni en la ecuación económico-jurídica del contrato, circunstancia ésta que torna necesario distinguir ambos fenómenos. De esta distinción se desprenden, entonces, las siguientes conclusiones.

1. Insuficiencia del esquema tradicional de la contratación en masa

En virtud de la inexistencia de los presupuestos básicos del contrato de adhesión en la relación contractual que vincula a la empresa privada prestadora de servicios públicos y al cliente, que fueran tratados en el capítulo III, parece resultar insuficiente el esquema tradicional de la contratación en masa para explicar y encuadrar en él a dicha relación.

En efecto, al consistir este contrato en una estructura jurídica predispuesta por el Estado, los presupuestos en cuestión desaparecen, dándose lugar al nacimiento de algo nuevo, no susceptible de ser encuadrado, por una aparente correspondencia con el contrato de adhesión, en la clásica contratación en masa.

Es por ello que hemos considerado necesario rescatar el concepto de contrato forzoso o necesario, escasamente tratado, en general, por la doctrina, a fin de explicar y encuadrar en él a las contrataciones que realiza la empresa privada prestadora de servicios públicos.

El ofrecimiento del servicio a un número indeterminado de personas, y la relación jurídica que se entabla de igual forma con miles o millones de usuarios de esos servicios, hace que, efectivamente, nos encontremos frente a una contratación masiva. Pero ésta, en nuestro caso, tiene particularidades que la alejan en forma categórica de la contratación en masa regular.

El concepto de contrato de adhesión no puede ser aplicado indiscriminadamente a cualquier supuesto por darse sólo una multiplicidad de relaciones jurídicas, iguales unas de otras, sin la previa disección de sus características. En este sentido, si bien la relación jurídica que analizamos no constituye un contrato discrecional, tampoco corresponde ubicarlo, residualmente, entre los contratos de adhesión.

De acuerdo a ello resulta necesario distinguir ambos fenómenos, tanto en su concepto como en sus presupuestos, distinción ésta que influirá en las pautas interpretativas aplicables, en el estudio de la autonomía de la voluntad y en el otorgamiento o no de la categoría de fuente de derecho.

2. La prestación de servicios públicos como contrato forzoso

El contrato es el acto privado por el cual se crean, de modo bilateralmente voluntario, relaciones jurídicas de todas clases. Pero advirtamos que junto al contrato –la más importante forma de creación de relaciones privadas– existen otras formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzada de relaciones jurídicas de las cuales nacen relaciones sustancialmente idénticas a las que pueda originar un contrato⁹⁶.

Sin perjuicio de la *contradictio in terminis* que implica la expresión *contrato forzoso*, se entiende por tal a *aquel contrato por el que una de las partes, por disposición de la ley, se ve constreñida a contratar ante el requerimiento de la otra, de acuerdo a las condiciones establecidas por el legislador en tutela del interés social*.

Las empresas que cumplen servicios públicos, no son libres de aceptar o rechazar las prestaciones que reclaman los particulares. Están obligadas a satisfacer este pedido con paridad de tratamiento a todo usuario. Si el concesionario de un servicio se negase arbitrariamente a suministrar sus prestaciones, colocaría al usuario en una situación de violencia, que le impondría aceptar cualquier condición o verse excluido del suministro y con ello perjudicado frente a los demás particulares⁹⁷.

El contrato forzoso o necesario se ve representado en dos planos distintos: a) la sujeción a las condiciones de contratación por parte del usuario de servicios para satisfacer sus necesidades, pudiendo existir o no la facultad de elegir a la contraparte, y b) como contrapartida de ello, la obligación del prestador de servicios de contratar sin la concurrencia de su voluntad obligacional, sino por el imperio de una norma legal que le es aplicable y sobre la base de tres imposiciones básicas: la falta de libertad *para su configuración interna*, la falta de libertad *para la elección del cocontratante* y la falta de libertad *para su conclusión*.

Las imposiciones para contratar son más amplias en el caso de la empresa. Al respecto, adviértase que para ésta no sólo se encuentra afectada su libertad *para contratar*, sino su libertad *para no contratar*.

El recorte de estas libertades, sin embargo, no implica, en general, la inexistencia del contrato como tal, sino que este tiene características propias que llevarán a encuadrarlo en distintas categorías según el caso particular, esto es, como contrato forzoso o como contrato de adhesión.

3. Inaplicabilidad de las pautas interpretativas propias de la contratación en masa

En virtud de las características propias de las contrataciones que realiza la empresa privada prestadora de servicios públicos, las pautas de interpretación que con ciertas limitaciones son utilizadas frente al contrato de adhesión, resultan inaplicables en aquéllas.

⁹⁶ Masnatta, *El contrato necesario*, p. 57.

⁹⁷ Idem, p. 39. Cabe recordar que este autor, entre otros, considera que la prestación de servicios públicos constituye uno de los casos en que existe obligación jurídica de contratar –contrato forzoso–.

En efecto, aun cuando necesariamente se califique de masivo al contrato por el que se presta un servicio público, *no puede ni debe ser considerado a la luz de tendencias interpretativas propias de la contratación masiva regular*, precisamente porque el empresario, en nuestro caso, está desprovisto del carácter de predisponente.

En este sentido, el prestador del servicio es un mero receptor y ejecutor de lo dictado por el *legislador-predisponente*, por lo que absurdo sería que corriera con las consecuencias de esas tendencias interpretativas sobre cláusulas que le son ajenas en cuanto a su determinación.

Más aún, las pautas interpretativas, diseñadas en general para proteger los derechos de los consumidores a fin de acortar la ventaja económica del empresario-estipulante, deberían partir de la premisa del contrato normado y dirigido como causa de la sustitución del concepto *empresario-predisponente* por *legislador-predisponente*.

La interpretación que cabe efectuar debe dirigirse a desentrañar el sentido de la norma, con exclusión de todo principio que tienda a favorecer a priori a algunas de las partes.

Propiciamos la denominación de *legislador-predisponente*, toda vez que existe una suerte de desplazamiento del carácter de predisponente o estipulante del empresario hacia el legislador o hacia la autoridad de control.

4. La autonomía de la voluntad: restricciones

Así como el rol de la voluntad juega un papel preponderante en el *iter* negocial de cualquier contrato, en nuestro caso, el rol de la voluntad se ve minimizado a tal extremo que podríamos concluir que tal *iter* negocial no existe o bien se encuentra sensiblemente reducido. En el caso de la empresa, además, el rol de la voluntad se ve especialmente recortado.

Sin embargo, la discusión previa de las cláusulas del contrato no es una condición para su validez, sino una de las formas en que puede prestarse el consentimiento. Hay que reconocer que la ausencia de discusión previa entre las partes no impide la deliberación del aceptante, quien debe decidir en su fuero interno si se adhiere o no⁹⁸.

Risolía expresa que cuando se ejerza sobre una parte, por virtud de un monopolio de hecho o de derecho, una presión incoercible, que conduzca sin alternativa a admitir determinada oferta, no puede hablarse de contrato, ni siquiera de adhesión, porque se está frente a una situación de hecho, incapaz de configurar cualquier categoría jurídica voluntaria⁹⁹.

Para la mayor parte de la doctrina, en cambio, el fenómeno de la adhesión no quita al acto su carácter contractual. La adhesión del interesado a la propuesta del

⁹⁸ Belluscio - Zannoni, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, p. 717.

⁹⁹ Risolía, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, p. 150.

proponente constituye un acto voluntario lícito, cuyo fin inmediato es obtener consecuencias de derecho, y tiene carácter bilateral, y, por tanto, contractual¹⁰⁰.

Al respecto, ha dicho Anaya que si el contrato requiere la *libertad para celebrar o no* una convención, a la que se agrega la *libertad para decidir con quién* se habrá de celebrarlo y, por último, pero no por menos importante, la *libertad de determinar su contenido*, el contrato no existe o es la más exótica planta del mundo jurídico.

Esto es el fruto de la alquimia conceptualista, cerrada a todo dato de la realidad y de la experiencia histórica. El problema del contrato no se resuelve a partir de la comprobación de esas tres libertades, como tampoco por la exigencia de una igualdad que rara vez existe entre los contratantes, sino por los límites y condicionamientos de la eficacia que se reconoce en la voluntad de los individuos para la creación de la norma contractual¹⁰¹.

© Editorial Astrea, 2023. Todos los derechos reservados.



¹⁰⁰ Belluscio - Zannoni, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, p. 717.

¹⁰¹ Según Farina, para que haya consentimiento no es necesario que exista una declaración de voluntad común, sino que basta con la concurrencia de manifestaciones (exteriorización) de voluntades recíprocas y correlativas de dos o más partes que coinciden en la obtención de un resultado jurídico común, aunque cada parte persiga fines propios (motivo individual de cada contratante) (*Contratos comerciales modernos*, p. 170).